

RESPUESTAS NORMATIVAS Y JURISDICCIONALES FRENTE A LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO*

Víctor BAZÁN**

SUMARIO: I. *Precisiones preliminares y plan del trabajo.* II. *Hacia la corrección por vía jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión.* III. *Análisis de las experiencias en el derecho comparado.* IV. *Análisis de las experiencias en la República argentina.* V. *Remedios o técnicas de fuente internacional, constitucional, subconstitucional o jurisprudencial para superar las omisiones inconstitucionales.* VI. *Observaciones finales.*

I. PRECISIONES PRELIMINARES Y PLAN DEL TRABAJO

La Corte Suprema de Justicia argentina sostuvo, en uno de los párrafos más célebres de su doctrina judicial, que las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional (en adelante CN) e independientemente de las leyes reglamentarias; añadiendo que las declaraciones, los derechos y las garantías no son

* Desde aquí, brindamos testimonio de gratitud a nuestro querido amigo, el doctor Miguel Carbonell, por la amable invitación que nos cursara para participar de esta prestigiosa obra.

** Profesor titular de derecho constitucional y de derecho internacional público y comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, República Argentina. Profesor de posgrado e investigador de la misma Universidad. Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro titular y secretario de la Sección de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la nación.¹

La contundencia léxica de aquel mensaje de la Corte argentina no siempre ha recibido un acompañamiento análogamente firme en el sendero fáctico. Ello nos ha movido a desempolvar ideas, remozarlas y ensayar algunas reflexiones en torno de las herramientas procesales que podrían utilizarse para superar las reiteradas omisiones inconstitucionales que corrientemente se verifican, y promover, precisamente a través de la actuación judicial, que el órgano estatal remiso cumpla con los dictados de la ley fundamental y de los tratados internacionales sobre derechos humanos recipiendarios de idéntica jerarquía,² o visualizar de qué posibles maneras la solución o la corrección de las omisiones podrían venir deparadas directamente por la propia magistratura judicial.

Es que, como subraya Sagüés, el principio de supremacía constitucional requiere, además de sustento normativo (que, en el caso argentino le viene adjudicado por medio del artículo 31 de la CN —véase la nota 2 a pie de página, parte *in fine*—), *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*,³ que —naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Entre otras cuestiones, y en el contexto de la indagación que nos hemos propuesto, abordaremos sucesivamente: la brecha entre las declamaciones constitucionales atinentes a los derechos y la carencia de concreciones prácticas que, en reiteradas ocasiones, demuestra la realidad vivencial de és-

1 *In re*: “Siri” (fallos 239:459), caso sobre el que retornaremos.

2 Valga recordar que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reforma de 1994 mediante, ha adjudicado jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos —que figuran enumerados en tal norma (*vid. infra*)— y a los que en el futuro reciben tal carácter.

Ilustrativamente, evocamos que, por su parte, el artículo 31, *ibidem*, enumera los instrumentos considerados *ley suprema de la nación*. Al respecto, dice en su parte pertinente: “Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales...”.

3 Sagüés, Néstor P., en el prólogo al libro de Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, República Argentina, 1992, pp. 13 y 14.

tos; y la necesidad de implementar mecanismos que posibiliten el acceso a la jurisdicción para salvar las omisiones inconstitucionales, pasando revista a ciertos parámetros que permiten diagnosticar la existencia de éstas.

A continuación, emprendemos un recorrido por el derecho comparado mas no persiguiendo una mera yuxtaposición de datos, sino para detectar la existencia de algunas soluciones dispensadas desde la preceptiva constitucional (ya nacional, ya local o provincial), la subconstitucional o legal, y la vertiente jurisprudencial (en algún caso, ciertamente impregnada de una percepción audaz y creativa) en materia de fiscalización de las omisiones inconstitucionales. Tal observación de las experiencias ajenas siempre resulta de utilidad para, en general, aportar en favor de la tarea de mejoramiento de los sistemas jurídicos propios; y, particularmente en el caso que nos ocupa, como elemento coadyuvante de la búsqueda de alternativas idóneas y compatibles con las respectivas idiosincrasias jurídicas para la corrección de la inconstitucionalidad por omisión.

Seguidamente, nos detendremos en el contexto jurídico argentino, ámbito en el que, partiendo de la inexistencia de norma expresa que institucionalice el examen de la inconstitucionalidad omisiva en el orden federal, exploraremos algunos precedentes del repertorio de fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, escindiendo distintivamente tres perfiles casuísticos: la jurisprudencia negatoria; la admisorias; y un plexo de casos con aristas curiosas u originales en el que, directa o tangencialmente, se vieron involucradas ciertas cuestiones tocantes al control de las omisiones anticonstitucionales de las autoridades públicas. A su tiempo, posaremos nuestra atención sobre el derecho público provincial comparado y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ofrecen determinadas cláusulas que desnudan interesante materia prima para abordar a su respecto un análisis desde la perspectiva que constituye temática central de este ensayo, sin excluir —claro está— un tratamiento más detenido de la normativa y la jurisprudencia de la Provincia de Río Negro, cuya Constitución ha literalizado la acción directa de inconstitucionalidad por omisión ante el Superior Tribunal de Justicia local.

Por último, y previo a dar paso a las observaciones finales, intentaremos elaborar una sistematización —bien que preliminar y aproximativa— de las respuestas y herramientas proporcionadas y empleadas por la praxis del derecho comparado para superar las omisiones inconstitucionales.

II. HACIA LA CORRECCIÓN POR VÍA JURISDICCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. Comenzamos este análisis con un interrogante: ¿es suficiente la mera “declamación” de derechos en los textos constitucionales? Pareciera que la respuesta negativa debería imponerse. La dimensión normológica debe complementarse con vigencia sociológica —y, ambas, con la perspectiva dikelógica—, pues si la sociológica se desvanece, concluye por obturar el vigor normativo de la Constitución y su efectividad aplicativa, al tiempo de recrear inicuas frustraciones.

Parafraseando a Pérez Luño, una visión integral del problema residiría en la tentativa de captar al derecho en su entero desenvolvimiento tridimensional, desde su génesis en las conductas sociales hasta su formalización normativa y su legitimación axiológica, conjugando una perspectiva iusnaturalista con la teoría de la experiencia jurídica.⁴ El citado autor español adscribe a la tesis del iusnaturalismo crítico y deontológico, que —según su explicación— no niega juridicidad al derecho positivo injusto, mas establece los criterios para comprobar su disvalor y, por lo tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo. Subraya el catedrático aludido que la razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del derecho existente sino de las pautas axiológicas que deben informar al derecho positivo y que, cuando no lo hacen, legitiman su denuncia. Añade que ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden ser concebidos como compartimientos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable, desgranando a partir de tal percepción la conjugación del iusnaturalismo con la teoría de la experiencia jurídica.

Advierte Ferrajoli sobre la convergencia de dos principios que, con las pertinentes adaptaciones de acuerdo con los diversos derechos de que se trate, se encuentran dotados de un alcance garantista de carácter general. En primer término, *el principio de legalidad*, sosteniendo a su respecto que, para que las prestaciones que satisfacen los derechos sociales sean impuestas como obligaciones a los poderes públicos y no abandonadas al arbitrio administrativo, es necesario que legislativamente se prevean

4 Pérez Luño, Antonio-Enrique: “En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos”, separata de la *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, núm. 41, primer y segundo semestres de 1996, pp. 241 y 242.

en forma unívoca sus presupuestos vinculantes y se identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos.⁵ Por su parte, el que entiende como segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*. Sobre el particular, y en orden a que las lesiones de los derechos fundamentales sean sancionadas y eliminadas, estima necesario que éstos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por *comisión* o por *omisión*. Apunta que semejante garantía, establecida en vía de principio por el artículo 24 de la Constitución italiana, debería tener por campo privilegiado no el derecho penal, sino el derecho privado y el derecho administrativo y exigiría una reforma de los modelos tradicionales de legalidad civil y administrativa idónea para transformar en *derechos perfectos aquellos que actualmente son sólo concesiones, expectativas, intereses legítimos* (énfasis propio).⁶

Con toda nitidez agrega el citado profesor italiano que, para transformar a estos últimos en derechos perfectos, sería necesario que las leyes⁷ no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales, en cuyo contexto, *toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a la sumo de intereses legítimos sino directamente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado* (énfasis añadido). Por último, y previo a postular la necesidad de ampliar la legitimación activa en materia de derechos sociales de naturaleza colectiva (involucrando a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de aquéllos), concluye que, junto a la *participación polí-*

5 Añade que para algunos derechos sociales, como el derecho a la subsistencia, la cuestión es relativamente simple, dado que basta la previsión legal de subsidios o salarios mínimos para todas las personas que no cuenten con los mínimos vitales y la atribución a éstas de un derecho de crédito correlativo. Considera que son menos simples, mas igualmente practicables, las garantías legales de los derechos a la educación y a la salud. Por el contrario, juzga que, para otros derechos —como el derecho al trabajo o a la vivienda—, es mucho más difícil una legislación social, aunque sólo sea por el carácter irrealizable de su satisfacción igual, ni siquiera mínima, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1997, p. 917.

6 *Idem.*

7 Ciñe su ejemplo a las leyes en materia de servicios públicos, *idem.*

tica en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrolle una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control con relación a los poderes públicos.⁸

Por último, recordamos que hace varias décadas Biscaretti di Ruffia sostenía, al referirse a las normas que el legislador ordinario debía emanar para dar plena ejecución a la Constitución, que quedaba claro que cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución.⁹

2. Tangencialmente, aprovechamos la ocasión para reiterar nuestra posición personal respecto de la vinculación entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los económicos, sociales y culturales, por la otra. En primer lugar, juzgamos indispensable superar la suerte de brecha dicotómica que artificialmente se supone los separa, la que —quizás— haya sido facilitada por la “fantasía de las generaciones de derechos”.¹⁰

No es ésta la ocasión propicia para desarrollar el tema; sólo adelantaremos que no nos parece adecuada la escisión *generacional* de los derechos humanos, salvo si se lo hace exclusivamente con fines didácticos. Algunas de las características esenciales del derecho internacional de los derechos humanos nos hacen dudar acerca de si tal terminología resulta técnicamente adecuada.

En efecto, la universalidad, la interdependencia y, sobre todo, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de ellos parecieran conspirar contra la pulcritud semántica de la expresión “generaciones de derechos humanos”. Tampoco debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una división de los derechos humanos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el marco de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y en la falta de disponibilidad de medios materiales para operativizarlos, cuan-

8 *Ibidem*, pp. 917 y 918.

9 Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, núm. 48, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, p. 269.

10 Así la denomina Cançado Trindade, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael (comps.): *Estudios básicos de derechos humanos*, I, Serie Estudios de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 64.

do sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no justifica la denegación de otros —económicos, sociales y culturales—, véase, *v. gr.*, la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo —1986—).

Sobre el punto, Cançado Trindade ha enseñado que:

la perspectiva atomizada de los derechos humanos, con sus distorsiones, se hace posible por la teoría de las generaciones de derechos: no importa cómo se clasifiquen, los derechos humanos presentan una naturaleza esencialmente complementaria, existe una interacción entre ellos; no se “sustituyen” unos a otros, a diferencia de lo que pareciera indicar la desacertada invocación de la imagen del paso de las generaciones. Además, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, no parece ser correcta en términos históricos: los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional *no* parecen haber ocurrido *pari passu*. Así es que, si bien en el derecho interno (constitucional) el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, *no* ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la OIT en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos —la bastardilla es del original—. ¹¹

Añade el catedrático brasileño que, mientras en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación. Concluye aseverando gráficamente que *los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan*¹² (énfasis agregado).

Retomando la consideración con la que nos introducíamos en este apartado, evocamos que los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos* que los civiles y políticos. La necesidad de corregir la presunta imperfección de aquéllos resulta un desafío para la imaginación de los juristas y un embate contra la comodidad o falta de creatividad de los jueces. Sobre el punto, y con todo acierto, se ha enseñado

11 Cançado Trindade, Antônio A., *Para ONG*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 8, 1993, pp. 42 y 43.

12 *Op. cit.*, nota 10, pp. 64 y 65.

que el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: CADH) (que comprende el acceso a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención) concreta —además de la mentada remisión al derecho interno estatal— un reenvío a los instrumentos internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en lo sucesivo: PIDESC—), de tal modo que dicho artículo 25 de la Convención consagra un mecanismo de tutela de los precitados derechos.¹³

Por último, dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones,¹⁴ y porque compartimos con Scheinin la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos¹⁵ (además de que así ha sido inequívocamente establecido en los Principios de Limburgo —de 1986— para la implementación del PIDESC), juzgamos de real valía que se concrete el pasaje de la *progresividad simbólica* a la *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos.¹⁶

Es que progresividad no implica letargo, inocuidad ni impunidad *sine die* para el Estado. Sobre el particular, creemos que la Corte argentina en fallos recientes (“Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Be-

13 Abramovich Cosarin, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Presente y futuro de los derechos humanos (ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez)*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 167.

14 Cfr. Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 23 y 24.

15 Scheinin, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, Asbjorn Eide *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Boston, Londres, Dordrecht, 1995; *cit.* en Rodríguez Pinzón, Diego *et al.*, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Washington D. C., BID-American University, 1999, p. 362.

16 En sentido análogo se ha manifestado Rolando E. Gialdino, en su completo trabajo: “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, *Investigaciones*, Buenos Aires, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, núm. 2, 1999, p. 394.

viacua”, a los que nos referiremos *infra*)¹⁷ ha brindado una interesante pauta axiológica, haciendo operar la obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (a través de acciones positivas) dentro de una dimensión *razonable* de la progresividad necesaria para lograr la plena efectividad de los mismos.

En línea con ello, y para finalizar este punto, estimamos conveniente y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales para cuestionar jurisdiccionalmente las recurrentes omisiones inconstitucionales que se cometen respecto de tales derechos.

3. Los preceptos constitucionales deben ser aplicables y exigibles judicialmente, en tanto receptores de normatividad jurídica. Sólo así podrá garantizarse la pervivencia de la Constitución como norma suprema o “fuente de fuentes”. Adviértase, como aclaración, que nuestra posición no postula una sinonimia entre *validez* y *eficacia*,¹⁸ pues las normas constitucionales *valen* por sí mismas con independencia de su eficacia, y es, precisamente, aquel anclaje axiológico la fuente de la que dimanan la vinculatoriedad y la vocación de eficacia de las mismas.

Mutatis mutandi, y como verifica Requejo Pagés, si se entendiera que las prescripciones constitucionales sólo son respetadas en tanto el *deber ser* efectivamente *sea*, se erige a la *eficacia* en criterio de verificación de la *validez*, lo que conduciría a que se diluyera el límite entre el ordenamiento jurídico y la realidad sobre la que éste intenta incidir.¹⁹

Por su parte, sabido es que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*; concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se legisla deficientemente, esto es, plasmando —v. gr.— una reglamentación insuficiente o discrimina-

17 Véase, respectivamente, los puntos k y l del subapartado IV.1.B. de este trabajo.

18 Tangencialmente, permítasenos señalar que no se nos escapa que Kelsen sostuviera que la eficacia es sólo una condición de validez de las normas, acerca de lo cual de Páramo ha apuntado que si para aquel autor la validez de las normas inferiores es el criterio de eficacia de la Constitución y la eficacia de ésta es la condición necesaria de la validez, entonces la Constitución no puede fundamentar, sin caer en circularidad, la validez de las normas inferiores, Páramo, Juan Ramón, “Sistema jurídico”, en Betegón, Jerónimo *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 164.

19 Requejo Pagés, Juan Luis, “Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 155, nota 64.

toria. Ello sentado, ¿sería lícito (y, sobre todo, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhiban la vigencia de la Constitución o paralicen el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Es obvio que no, ya que la supremacía de la Constitución determina que ésta sea indisponible para aquéllos.

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— “recomponer” el imperio de la ley fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. Bástenos, por ahora, con guarecernos bajo el refugio de la remanida pero acertada concepción que marca que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.²⁰

En tal línea de ideas, estimamos importante la habilitación de adecuadas vías procesales para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la justicia, en orden a perseguir la descalificación de la conducta omisiva —y lesiva— “desplegada” por los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional, pero no para que el cuerpo jurisdiccional reemplace al legisferante emitiendo decisiones de carácter genérico, sino para dar solución a un caso concreto en el que —*v. gr.*— el órgano legislativo omite actuar conforme el mandato constitucional, produciéndose —a partir de tal desidia— un perjuicio acreditable en detrimento del peticionante, o lo hace de tal modo que produce una significativa discriminación normativa.

Paralelamente a tales finalidades, el concebir una vía instrumental que ensanche el horizonte garantista podrá entrañar también, un *mix* ejemplificador y moralizante —sobre todo en el marco de nuestras Constituciones iberoamericanas, algunas de ellas tan propensas a dispensar voluminosas declaraciones de derechos—: por una parte, sortear la tentación de algunos de instaurar un trasfondo de “indemnidad o irresponsabilidad” en favor del Estado —entendiéndolo “inimputable” por la incumplida mejora de situaciones vivenciales que promete, Constitución mediante— y, por la otra, erigir un valladar contra las ínfulas quiméricas de los constituyentes al elaborar las normas constitucionales.²¹

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

21 Véase Sagüés, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *El derecho*, Buenos Aires, 1987, t. 124, p. 959.

4. Permítasenos una digresión. Habremos de ser sinceros: en el marco federal argentino, propiciamos un control de constitucionalidad amplio (sin detracciones injustificadas) y nuestro esquema mental ofrece cada vez menos espacio para alojar intelectivamente las excepciones a aquel examen de constitucionalidad que verifique si un derecho ha sido lesionado. Es que, posibilidad de control es *garantía de acceso a la jurisdicción y no de éxito en la postulación*.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre “invasivamente” en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: “libertad de configuración” del legislador), aunque tampoco resulta lícito que éste margine arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia ley fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya ilegítimamente a algunos de los que concede a otros en igualdad de circunstancias.

Por ende, el problema a dilucidar reconduce a la búsqueda del equilibrio justo entre el margen de acción (o de inacción) del legislador y la necesidad de otorgar adecuada protección a los derechos que se encuentran *adormecidos* a causa del incumplimiento (o el cumplimiento deficiente o insuficiente) en que aquél incurre no obstante la imposición constitucional.

La cuestión recepta un *plus* axiológico si involucra a derechos fundamentales, pues —como ha dicho Mortati— la discrecionalidad del legislador debe ceder frente a prescripciones constitucionales que le impongan la obligación de proveer a la tutela de tales derechos, lo que no excluye la determinación de cómo cumplirlas, de tal forma que de la elección del modo considerado como el más adecuado para satisfacerlos no se derive la reducción del contenido mínimo necesario para no tornar puramente ilusoria la satisfacción del interés protegido.²² Vemos allí la legítima probabilidad de que actúe la judicatura declarando que la omisión es inconstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisional del órgano legislativo no debe entenderse

22 Mortati, Costantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto Pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, vol. III, p. 992.

como “inmunidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera”²³ aquello que la Constitución le impone.

Conectado con ello, Fernández Segado²⁴ ha afirmado que los derechos fundamentales no requieren la previa *interpositio legislatoris*, ya que vinculan de modo inmediato, aun cuando no deba ignorarse que, como ha significado el Tribunal Constitucional español, en aquellos supuestos en que la Constitución reconozca un derecho, pero realice —a su respecto— una reserva de configuración legal, aquel mandato constitucional tiene (hasta que se suministre la regulación legal), un contenido mínimo que siempre debe ser protegido, pues la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella (véase la sentencia 15/1982, del 23 de abril, sobre objeción de conciencia, específicamente FJ8o.).²⁵

Dicha problemática nos vincula con la difundida distinción entre cláusulas programáticas y operativas, categorización que nos parece harto discutible mas cuyo intento de elucidación en profundidad nos alejaría del propósito del presente estudio. Sólo recordemos que si, a través de la alegación de existencia de una norma “programática”, se pretendiera justificar el incumplimiento legislativo, generar un pretexto para evitar conferir protección a un derecho o sustraer a la norma de la posibilidad de ejercer control constitucional a su respecto (ante la inacción legisferante), se vulneraría la primacía constitucional y se bloquearía una función jurisdiccional específica transfiriéndosela al Legislativo.²⁶ Lo ponemos de manifiesto una vez más: las normas de la Constitución —en mayor o

23 Gráfica expresión de Germán J. Bidart Campos, quien la completa afirmando: “Verificar que lo que hace, lo que deja de hacer, el fin y el medio por los que opta, y el modo como actúa o como se inhibe están de acuerdo con la Constitución, no es sujetarlo a una fiscalización lesiva de su zona competencial y de su capacidad de criterio y decisión. Es otra cosa: es plasmar la exigencia de asegurar y efectivizar la fuerza normativa de la Constitución allí donde el órgano controlado no le dio aplicabilidad operatoria, o se la dio inconstitucionalmente”, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 167 y 168.

24 Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 71 y 72.

25 *Jurisprudencia constitucional*, Madrid, BOE, t. III-1982, octubre de 1983, p. 208.

26 Cfr. Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley fundamental de la República Federal de Alemania*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 109. El libro citado constituye, a nuestro juicio, un excelente y premonitorio aporte para el estudio de la problemática de las omisiones inconstitucionales y de la crítica a la distinción entre normas programáticas y operativas.

menor medida, y *vis à vis* la heterogeneidad del material constitucional— vinculan, además de officiar como útil guía hermenéutica; en consecuencia, los derechos en ellas contenidos—incluyendo, naturalmente, a los implícitos— ostentan vocación de operatividad, aun cuando desde el modo de su formulación algunos estén abordados constitucionalmente, y otros, sólo enunciados.²⁷

En otro orden, Fernández Segado²⁸ apunta que para la determinación de la existencia de la omisión inconstitucional, los extremos a ponderar serán la trascendencia de la mediación legislativa conectada con el elemento temporal, parámetros —ambos— decisivos para precisar la razonabilidad del tiempo por el que se prolonga la inacción legislativa. Aprecia que de ese modo es como puede entender que la mera no realización normativa de un mandato constitucional abstracto engendra simplemente un “incumplimiento de las exigencias constitucionales”, que, no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional —calidad a la que arribará, cuando deje de ser “razonable” la inercia admitida hasta ese momento como discrecional del legislador—. El citado catedrático español continúa manifestando²⁹ que dicho problema ha recibido una nueva dimensión al distinguir el Tribunal Constitucional Federal alemán entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales” (tópico sobre el que regresaremos), mediante las sentencias “apelativas”, “que son el resultado de la constatación de situaciones todavía constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuera posible, de aplicar directamente el mandato constitucional”.

27 En idéntico sentido, *mutatis mutandi*, Fernández Segado, Francisco, “Dogmática de los derechos humanos”, conferencia pronunciada en la Primera Jornada Iberoamericana de Derecho, Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, 8 de noviembre de 1996.

28 Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” (conclusión), *El derecho*, Buenos Aires, 25 de julio de 1994, p. 4.

29 Apoyándose en Zeidler, Wolfgang: “A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado. Em especial tipos, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas”, *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, Lisboa, Portugal, núms. 29 y 30, pp. 61 y 64-69, Fernández Segado, *op. cit.*, “Los nuevos retos...”, *idem.*, nota 113.

Según Schneider, aquellas “omisiones todavía conformes con la Constitución” —a las que referíamos *supra*— son así calificadas por el mencionado Tribunal germano a través de las denominadas “resoluciones de aviso” (*Warn oder Signalentscheidung*); a su turno, una ley puede ser transitoriamente mantenida en vigencia por el Tribunal si, por ejemplo, la inconstitucionalidad que ostenta no es evidente, o bien, sobreviene con el transcurso del tiempo (por un cambio de circunstancias y/o por omisión del legislador), caso en el que emite una “resolución de recomendación” (*Apellentscheidung*), por la que —pese a rechazar la demanda— en sus considerandos encarga al legislador —con o sin fijación de plazos— que encare una nueva redacción de la norma de acuerdo con la concepción jurídica trasuntada por el Tribunal.³⁰

Por su parte, Gomes Canotilho³¹ distingue entre las “imposiciones constitucionales abstractas” (cuya no realización normativa conduciría al “no cumplimiento de las exigencias constitucionales” y, eventualmente, al campo de los “comportamientos todavía constitucionales” pero con tendencia a devenir en “situaciones inconstitucionales”, en el supuesto de que el no actuar legislativo fuera sistemático) y las “imposiciones constitucionales concretas”. De la vulneración de aquellas imposiciones, no se desprendería omisión inconstitucional; en cambio, sí de las “concretas”, ya que en este supuesto el legislador viola, por omisión, el deber de actuar que concretamente le impusieron las normas constitucionales (converge una precisa exigencia constitucional de actuar —*verfassungsrechtliche Handlungsgebote*—). Reenvía a Seufert,³² de quien sostiene que también distingue entre *Allgemeine Verfassungsgebote* y *Handlungsgebote*, para pasar a citarlo: “Las exigencias de acción prescriben al legislador el objeto de su actuación; las órdenes constitucionales generales prescriben apenas el *modus*. En el caso de violación de las primeras, él actúa omisivamente (*unterlässt*); si violara las segundas, actuaría sólo ilícita-

30 Schneider, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, p. 59.

31 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 332.

32 Seufert, L., *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, Würzburg, 1969, p. 35; mencionado por Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituição...*, *op. cit.*, pp. 332 y 333, nota 9.

mente”. El autor portugués citado concluye manifestando que del texto surge la preferencia de situar la problemática de las “órdenes constitucionales generales” en el terreno fronterizo de lo “todavía constitucional pero con tendencia hacia lo inconstitucional” para realzar la dimensión política del asunto y evitar caer en la lógica “imperativística” de lo *lícito* y de lo *ilícito*.

5. La cuestión del alcance del potencial control respecto de las omisiones inconstitucionales nos conduce a la ya clásica tipología de Wessel,³³ quien distingue entre omisiones absolutas y relativas, categorías que utilizaremos como materia prima para ensayar una provisional aproximación conceptual a su respecto.

Antes de ingresar en el abordaje de cada una de ellas, permítasenos recordar que Fernández Rodríguez precisa que la distinción wesseliana se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del poder público. Mientras que la omisión absoluta se niega por principio, trayendo aparejada la no admisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (refiere a la legislación que efectivice el derecho al libre desarrollo de la personalidad), la omisión relativa sí sería fiscalizable en tanto implica la vulneración inmediata por el legislador de un derecho fundamental.³⁴

Volvamos a la categorización ofrecida por Wessel: en las *absolutas* hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo, tentativamente, las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que les acuerden jerarquía constitucional), el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiebre —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad,³⁵ o —tal como afirma Fernández Rodríguez— cuando se pro-

33 Wessel, W., “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, c. 6, 1952, p. 164.

34 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 115 y 114.

35 Si la *concretización* “incompleta” de la imposición legisferante responde a una

duzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (*sic*) de la norma.³⁶

En tal supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad -excitado por la omisión en perjuicio de algunos sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente —y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo—, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la “complementación” de la norma “despareja”, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la “igualdad” quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados. Podría prevalerse del recurso a las sentencias “aditivas” (cuestión en torno de la cual retornaremos).

Guastini brinda una explicación acerca del modo como tales sentencias de la Corte Constitucional operan, desarrollo expositivo que —aun cuando ceñido al contexto italiano— reproducimos por la notable claridad y simplicidad con que grafica el funcionamiento de aquéllas. Así, refiere el citado autor que dichas decisiones son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad, por ejemplo, cuando una disposición legislativa atribuye un derecho de seguridad social a una clase de sujetos “S1” y no a otra clase “S2”.³⁷ Si, según la Corte, las dos clases de sujetos son iguales deben ser tratadas del mismo modo, razón por la cual la norma en cuestión es inconstitucional porque viola el principio de igualdad, por lo que el Tribunal declara que ella es constitucionalmente ile-

intención del órgano competente de conceder ventajas sólo a determinados grupos, la inconstitucionalidad será por acción y no por omisión. *cfr.* Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 1091.

36 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 116.

37 Guastini, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, núm. 8, Colección “Doctrina Jurídica Contemporánea”, ed. y presentación de Miguel Carbonell, trad. de José María Lujambio, México, Distribuidora Fontamara-UNAM, pp. 172 y 173.

gítima “*en la parte en la que no confiere*” (énfasis del original) el mismo derecho a los sujetos “S2”.³⁸

Retomando la referencia precedente en torno del principio de igualdad, juzgamos de valía formular algunas precisiones: nos hacemos cargo de la dificultad que plantea la tesis que sustentamos (control de las inconstitucionalidades omisivas) en un país como la República Argentina en el que el control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso y con jurisprudencia no vinculante. Efectuada dicha prevención acerca de las características del sistema de contralor constitucional imperante en el orden federal, sin demasiado esfuerzo comienzan a aparecer algunos cuestionamientos: ¿qué sucedería si un juez admitiera la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad por la omisión relativa que ha producido un quiebre del principio de igualdad, mientras otro magistrado fallara en forma diversa?, ¿no brotaría allí una violación al principio de igualdad dado que el fallo del primero de los jueces (el que acoge la petición) sólo tiene efectos *inter partes* y para el caso concreto en que se plantea? Sean cuales fueren las respuestas escogidas, en estos supuestos el riesgo no sería mayor que el que normalmente se corre ante cualquier pretensión de inconstitucionalidad (ya por acción) en la que se pueden obtener respuestas intercadentes. Son los bemoles del control de constitucionalidad desconcentrado.

Frente a aquellos peligros latentes de corrosión del principio de igualdad, ofrecemos escuetas fundamentaciones a modo de potenciales pautas morigeradoras: a) como paliativo, y para producir una nivelación de la jurisprudencia, podría acudir a “mecanismos unificatorios” (*v. gr.*, fallos plenarios);³⁹ b) por su parte, es importante recalcar que, así como nadie po-

³⁸ *Idem.*, complementa la exposición precisando que este tipo de decisiones es susceptible de dos reconstrucciones distintas: a) algunos sostienen que, en rigor, no se trata de una decisión de anulación porque la disposición en cuestión no es efectivamente anulada por la Corte, dado que si lo fuera, los sujetos perderían el derecho subjetivo que la disposición les confería, mientras que al contrario, lo conservan. En realidad lo que la Corte hace es *agregar* (énfasis del original) una nueva norma al ordenamiento: la que confiere el mismo derecho subjetivo a los sujetos S2; b) por su parte, otros opinan que en casos similares el Tribunal no declara la ilegitimidad constitucional de la norma de que se trata (que confiere un derecho a los sujetos S1), sino de otra norma, no expresa, extraída del texto mediante el argumento *a contrario*: la norma que niega el mismo derecho a los sujetos S2 (*ibidem*, p. 173).

³⁹ Véase Sagüés, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los...”, *op. cit.*, p. 959.

see un derecho subjetivo a obtener una legislación determinada —en abstracto—,⁴⁰ se ha señalado que es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que no son impugnables ni la desigualdad derivada de la interpretación que del texto de la norma hagan los jueces al aplicarla conforme las particulares circunstancias del caso concreto, ni la existencia de fallos contradictorios dictados por tribunales distintos en relación con situaciones jurídicas similares, aplicando idénticas normas legales.⁴¹

6. Para no deslizarnos hacia superfluas generalizaciones que restarían vigor a la tesis del control sobre las omisiones inconstitucionales, pareciera que la clave de la cuestión debería tener como objetivo axial lograr el equilibrio de las diversas pautas en juego: normatividad y supremacía de la Constitución; importancia axiológica del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; margen de acción (o de inacción) del legislador, y ejercicio del control de constitucionalidad por todos los jueces (en la hipótesis de contralor jurisdiccional difuso) o por el Tribunal Constitucional (en el supuesto del modelo concentrado), lo que requerirá en cada caso puntual un ejercicio de ponderación para mantener una armónica coexistencia de las diversas variables convergentes en la cuestión. *Mutatis mutandi*, Prieto Sanchís —quien ha defendido las bondades del método ponderativo—⁴² identifica como ras-

40 Argumento sostenido por la Corte Nacional. De cualquier modo, y aun cuando nadie tenga derecho a que se dicte “una” legislación determinada, sí existe derecho a que se sancione “alguna” normativa para motorizar el designio constitucional y, para ello, sería menester contar con una vía jurisdiccional determinada que resulte idónea para impeler al órgano renuente a que actúe o, al menos, para que el juez interviniente supla la omisión legisferante incurrida, expidiendo una resolución con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del mismo, *cf.* Bidart Campos, Germán J., “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I: *Derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 83.

41 Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, p. 534.

42 Asimismo, Prieto Sanchís pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales.

go característico de éste el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto.⁴³

III. ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Tal como anunciábamos, y siempre tomando en consideración que el derecho propio no es el único posible,⁴⁴ en el presente sector del trabajo emprenderemos un recorrido por el derecho comparado para detectar la existencia de algunas soluciones dispensadas desde la normativa constitucional (ya nacional, ya local o provincial), la subconstitucional o legal, y la vertiente jurisprudencial, conectada con la posibilidad de corregir las omisiones inconstitucionales.

1. *Prescripciones constitucionales*

A. *Nacionales*

a. La ex República Socialista Federativa de Yugoslavia

Un antecedente —el primero desde una Constitución formal— del sistema de inconstitucionalidad por omisión, puede encontrarse en la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia, del 21 de febrero de 1974.

Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como “proporcionalidad en sentido estricto”, Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Doxa*, Alicante, núm. 23, 2000, pp. 178-180 y nota a pie de p. 56.

⁴³ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁴⁴ Paráfrasis de la afirmación de Gorla, G., en el libro colectivo dirigido por Cassese, S., *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3a. ed., Bologna, 1984, pp. 91 y 92; citado por Cascajo Castro, José L. y García Álvarez, Manuel B., en el Estudio introductorio a la obra: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 12.

En efecto, su artículo 377 establecía:

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 federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia.

En síntesis, la labor del Tribunal de Garantías Constitucionales se circunscribía a “constatar” que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, no obstante estar obligado a ello y, posteriormente, a “dar conocimiento” de tal situación a la Asamblea, es decir, el órgano legislativo.

Quaresma apunta que el Tribunal de Garantías Constitucionales recepitaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos,⁴⁵ por lo que —por esa vía y como indica Fernández Rodríguez— podría entenderse complementada pragmática y jurídicamente la labor de mera “recomendación sin coacción jurídica”⁴⁶ que pareciera haber otorgado al Tribunal el artículo constitucional 377.

b. Portugal

- 1) *La previsión constitucional.* La Constitución portuguesa, promulgada el 2 de abril de 1976, institucionalizó la figura de la inconstitucionalidad por omisión,⁴⁷ manteniéndola —y remozándola— en la primera revisión de la ley fundamental, operada en 1982; además, la norma sólo ha sufrido una leve modificación vehiculada por la reforma producida en 1989.

45 Quaresma, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoría e prática*, Río de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 54.

46 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 246.

47 Primigeniamente fue consagrada en el artículo 279, el que —por conducto de la enmienda constitucional de 1982— pasó a ser el artículo 283.

En definitiva, el artículo constitucional 283 que rige actualmente la cuestión, dispone que:

1. 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.

2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.

2) *Algunas particularidades de la figura.* De la prescripción constitucional y de la praxis lusitanas en torno de la institución, pueden apuntarse las siguientes consideraciones:

- A) La *legitimación activa* para incoar la acción, viene dispensada al presidente de la República y al defensor del pueblo y, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, a los presidentes de las asambleas legislativas regionales.⁴⁸
- B) El *destinatario* de la orden que puede emanar del Tribunal Constitucional, es el legislador. Al respecto, nótese que el citado artículo 283, apartado 1, se refiere a la “omisión de las medidas *legislativas* necesarias”; lo que se refuerza en la parte *in fine* de la misma norma, cuando prevé que una vez verificada la inconstitucionalidad por omisión, “dará conocimiento al órgano *legislativo* competente” (énfasis nuestro).
- C) El *carácter* del control de la inconstitucionalidad omisiva es *a posteriori* (y no, preventivo); excitándose la fiscalización del Tribunal, a consecuencia de una omisión jurídicamente relevante o trascendente.⁴⁹
- D) Los *presupuestos para la procedencia* de la acción, son —a grandes rasgos—: a) que el incumplimiento constitucional de-

48 Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, op. cit., p. 1093.

49 Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 3a. ed., Portugal, Coimbra, 1991, vol. II, p. 517.

rive de la violación de una cierta y determinada norma constitucional (no autoaplicativa) y b) que no se hayan dictado las providencias (medidas) legislativas necesarias para operativizarla.

- E) En relación con los *efectos* del pronunciamiento, verificada que fuese la omisión inconstitucional, el Tribunal “dará conocimiento al órgano legislativo competente” (*cfr.* artículo constitucional 283, apartado 2, y artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional).

Cabe recordar que en la redacción primigenia del texto constitucional (artículo 279),⁵⁰ se preveía que el Consejo de la Revolución (recipiendario de la competencia que hoy ostenta el Tribunal Constitucional) podía “hacer recomendaciones” a los órganos legislativos democráticamente legitimados, para que emitieran —dentro de un periodo de “tiempo razonable” (¿?)— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales.

Sobre la comparación de la intensidad de la fuerza directiva entre “dar conocimiento” (texto actual) y “hacer recomendaciones” (texto original), Gomes Canotilho ha dicho:

La fórmula del actual artículo 283/2 —dar conocimiento al órgano legislativo competente— es menos directiva de la que se traducía en la posibilidad de recomendaciones, pero puede interpretarse como una “apelación” del Tribunal Constitucional, con significado político y jurídico a los órganos legisferantes competentes en el sentido de que éstos actúen y emitan

⁵⁰ Que evidencia cierta influencia del sistema previsto por el artículo 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia (véase, *supra*).

Refuerza esta idea la coincidencia del sesgo ideológico de ambos cuerpos normativos constitucionales (el ex yugoslavo y el portugués). De hecho, se ha afirmado que, en Portugal, la constitucionalización de una ideología socialista fue consecuencia de la “Revolución incruenta” de 1974, tanto que el texto de 1976 fue definido por Sánchez Agesta como “de transición hacia un régimen socialista”; así, por ejemplo, en su artículo 2o. se estableció como objetivo “asegurar la transición hacia el socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras”, *cfr.* Álvarez Vélez, María Isabel y Alcón Yustas, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 501; la cita formulada por las autoras a Sánchez Agesta, L., corresponde a su *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 414.

los actos legislativos necesarios para la exequibilidad de las leyes constitucionales.⁵¹

- 3) *Breve balance de la institución.* En cuanto a los resultados prácticos de la figura, puede afirmarse que la misma ha sido poco empleada.

Así, el Consejo de la Revolución (bajo el imperio del artículo constitucional 279) utilizó escasamente la competencia que le venía discernida, apenas en dos resoluciones de recomendación a la Asamblea Legislativa: una, sobre las organizaciones de ideología fascista (resolución núm. 105, del 16 de mayo de 1977) y, la restante, con relación a los trabajadores de servicio doméstico (resolución núm. 56, del 18 de abril de 1978).

Ya con la delineación competencial actual, el Tribunal Constitucional, en un importante acuerdo —núm. 423, del 26 de noviembre de 1987, respecto de la enseñanza de la disciplina de religión y moral católicas en las escuelas públicas— dijo (en referencia a las omisiones legislativas parciales):

Diríase que el Estado no puede abstenerse, en lo tocante a las demás confesiones, de concederles un tratamiento afín, teniendo en cuenta, es cierto, las circunstancias propias de cada una de ellas (dimensión cuantitativa, espacio geográfico ocupado, divulgación entre la población escolar, etcétera), bajo pena de no respetar el principio de igualdad y, por vía omisiva, violar el texto constitucional.⁵²

Asimismo, los siguientes antecedentes son dignos de mención: a) en un importante caso, relativo a la “defensa contra el tratamiento informatizado de datos personales” (*habeas data*), el Tribunal (en acuerdo núm. 182, del 2 de marzo de 1989), tuvo “por verificado el no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el núm. 4 de su artículo 35, necesaria para tornar exequible la garantía que consta en el núm. 2 del mismo artículo”;⁵³ b) en el acuerdo núm. 276, del 28 de febrero de 1989, acerca de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos públicos, si bien verificó una imposición constitu-

51 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, op. cit., p. 1095.

52 *Ibidem*, p. 1092.

53 *Ibidem*, p. 1095.

cional en el artículo 120, apartado 3, de la Constitución (en tanto establece que “la ley determinará los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos, así como las sanciones aplicables a estos efectos, que podrán incluir la destitución del cargo o la pérdida del mandato”), al haber sido ya dictada la Ley núm. 34, del 16 de julio de 1987, desestimó la existencia de omisión legislativa al respecto, y c) el acuerdo núm. 36, del 14 de febrero de 1990, relativo a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local, establecidas en el artículo constitucional 241, apartado 3, que defiere en una ley futura la reglamentación de tales consultas (dicha ley debía especificar los supuestos, los términos y los efectos de las mismas); en este caso, el Tribunal rechazó la alegada inconstitucionalidad por omisión, dado que, al momento de expedirse, existían diversos proyectos de ley enderezados a diseñar la señalada reglamentación.

Por su parte, y como refiere Nunes de Almeida, en 1997 sólo se solicitó del Tribunal la verificación de la existencia de inconstitucionalidad por omisión en seis supuestos, de los cuales, solamente en uno dicho órgano se pronunció favorablemente.⁵⁴

En otro orden, Díaz Revorio afirma que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a leyes incompletas en vías distintas de la del control de constitucionalidad por omisión, en las cuales es dable encontrar decisiones que resultan conocidas en otros sistemas; y, así, junto a las sentencias “simples” o “extremas”, sostiene el citado autor que se han empleado como “tipos intermedios” las sentencias interpretativas, las de inconstitucionalidad parcial y las aditivas, al tiempo que no se han utilizado o no han sido tan frecuentes las decisiones de mera inconstitucionalidad o las apelativas.⁵⁵

Ya para finalizar el tratamiento de este acápite, conviene recordar que, frente a algunas propuestas de ciertos sectores que pugnaban por derogar en Portugal la institución de la inconstitucionalidad por omisión, Gomes Ca-

54 Nunes de Almeida, L., “Portugal”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, en E. Aja (ed.), Barcelona, Ariel, 1998, p. 222; citado por Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 21, núm. 61, enero-abril de 2001, p. 107, nota 76.

55 Díaz Revorio, Francisco J., *El control de constitucionalidad...*, op. cit., p. 108.

notilho afirmó contundentemente que la figura debía mantenerse, “no para deslegitimar gobiernos y asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida”.⁵⁶

c. República Federativa del Brasil

- 1) *El sistema de control de constitucionalidad vigente.* La Constitución brasileña de 1988 produjo —dentro de un cúmulo de modificaciones en el marco de la normativa constitucional hasta entonces vigente— una innovación interesante en materia de control de constitucionalidad. Nos referimos al caso de la posibilidad de la fiscalización de las omisiones reputadas inconstitucionales. Promulgada que fuera la mencionada Constitución federal, comenzó el proceso de adecuación de las respectivas cartas constitucionales estatales a la ley suprema (por aplicación del principio básico de la forma estadual federativa). Y así, pueden mencionarse —en relación con la previsión de la inconstitucionalidad por omisión—, las siguientes Constituciones: de Río Grande do Sul (artículo 95, inciso XII, letra d); de Río de Janeiro (artículo 162, 2); de San Pablo (artículos 74, inciso VI y 90, 4); y de Santa Catarina (artículo 85, 3) —volveremos sobre el tema—.

Previo a ocuparnos directamente de analizar tal figura en el orden federal de Brasil, recordamos que actualmente rige en dicho país una suerte de sistema de control constitucional de características eclécticas,⁵⁷ a saber: a) el control incidental, que es *difuso* y, por tanto, viene dispensado a todos los órganos judiciales en el contexto de sus respectivas competencias, y b) el control directo, deferido *concentradamente* al Supremo Tribunal Federal —en el ámbito federal— y al Superior Tribunal estadual —en el marco de los estados miembros de la Federación—.

⁵⁶ Gomes Canotilho, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de Francisco Caamaño, Madrid, año 15, núm. 43, enero-abril de 1995, p. 19.

⁵⁷ *Cfr.* Barbosa Moreira, José Carlos, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1996, p. 272.

La segunda de las modalidades reseñadas puede, a su vez, destinarse a fiscalizar dos tipos de hipótesis: a) una de ellas se da cuando el control se encarga, simplemente, de declarar la *certeza* sobre la constitucionalidad⁵⁸ o inconstitucionalidad de una ley⁵⁹ (control *abstracto*), y b) la restante, cuando se dirige a constatar la probable infracción causada por una entidad política menor⁶⁰ a alguno de los principios constitucionales fundamentales.⁶¹

Es importante recalcar que la acción directa de inconstitucionalidad comprende tres modalidades:⁶² a) la *interventiva*:⁶³ que puede ser *federal*, a propuesta exclusiva del procurador general de la República y de competencia del Supremo Tribunal Federal o *estadual*, a propuesta del procurador general de justicia del Estado; b) la *genérica*: destinada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo, federal o estatal (por ser contrarios a la Constitución federal), de competencia del Supremo Tribunal Federal; o bien, tendente a la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo estatal o municipal en relación con la Constitución estadual, de competencia del Tri-

58 Recordamos que por conducto de la enmienda constitucional núm. 3/93, se introdujo la acción declarativa de constitucionalidad de una ley o de un acto normativo federal (parágrafo “a” del inciso I del artículo 102). Se trata de una “acción que actúa como medio paralizante de los debates en torno de cuestiones jurídicas fundamentales de interés colectivo. Tendrá como presupuesto fáctico la existencia de decisiones de constitucionalidad, en procesos concretos, contrarias a la posición gubernamental... (tal acción) presupone una controversia respecto de la constitucionalidad de la ley, lo que surge de la existencia de un gran número de acciones donde la constitucionalidad de la ley ha sido impugnada, y su finalidad inmediata consiste en la rápida solución de esas pendencias”, Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 10a. ed., San Pablo, Malheiros Editores, 1995, pp. 59 y 60.

Cabe recordar que, si el Supremo Tribunal Federal acoge estimatoriamente la acción, su sentencia producirá efectos vinculantes y *erga omnes*, declarando la “constitucionalidad” de la ley o del acto normativo federal, que valdrá(n) para el futuro sin posibilidad de declaración en contrario. Puede suceder que el Tribunal los declare inconstitucionales, con lo cual se extingue su eficacia en el ordenamiento jurídico.

59 La palabra ley es utilizada en su sentido material, quedando englobadas en su seno: las leyes, los decretos, las ordenanzas, las acordadas, etcétera.

60 Barbosa Moreira cita como ejemplos el de la infracción de un Estado miembro frente a la Unión; o el de un municipio ante un estado miembro, *El control judicial de la...*, *op. cit.*, *idem*.

61 La última de las opciones individualizadas no es muy común en la práctica.

62 *Cfr.* Da Silva, José Afonso, *op. cit.*, *Curso de direito...*, p. 55.

63 Así denominada porque se dirige a promover la intervención federal en un estado, o de un estado en un municipio.

bunal de Justicia de cada Estado, y c) la *suplidora de la omisión*: del legislador, del órgano administrativo, etcétera.

2) *Contornos de la figura*

- A) La previsión constitucional. El artículo 103, parágrafo 2o., de la Constitución de la República Federativa del Brasil (de 1988), incluyó como adelantáramos, la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, diciendo: “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”.

Da Silva proporciona algunos ejemplos de hipótesis que viabilizarían la procedencia de la acción:⁶⁴ a) la Constitución prevé el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias y en la gestión de las empresas “conforme lo definido en la ley”, pero, si ese derecho no se concreta por *omisión* del legislador en dictar la ley necesaria para la aplicación de la norma, tal omisión se caracterizará como inconstitucional. Allí concurrirían los presupuestos para la viabilidad de la acción, y b) la ley fundamental reconoce que la salud y la educación son derechos de todos y deber del Estado garantizarlos, pero si no se emiten las normas (legislativas y administrativas) indispensables para la efectivización de tales derechos en favor de los interesados, allí se configuraría también un caso de inconstitucionalidad omisiva, susceptible de ser atacado mediante la acción *sub discussio*.

Por otra parte, se discute en doctrina la posibilidad de que se plantee la inconstitucionalidad por omisión también por excepción (vía incidental). Lima da Fonseca se opone abiertamente a la aludida hipótesis, sosteniendo que “el argumento favorable a tal tesis no es convincente, pues no vemos cómo puede alguien alegar el incumplimiento de una ley inexistente”.⁶⁵

En todo caso, la omisión debe provenir de un órgano público, que, siguiendo a Ferraz da Cunha, puede ser tanto el Poder Legislativo o el

64 Da Silva, José Afonso, *Curso de direito...*, op. cit., p. 51.

65 Lima da Fonseca, Antônio Cezar, “Declaração de inconstitucionalidade”, *Revista Trimestral de Direito Público (rgao do IDEPE IDAP)*, San Pablo, Malheiros Editores, núm. 5, 1994, p. 199.

Poder Ejecutivo: aquél, cuando recibe competencia para integrar o complementar una norma constitucional y aun así no legisla; el Ejecutivo, cuando recepta —directamente de la Constitución— competencia para expedir reglamentos teniendo en vista la ejecución de las leyes integrativas, mas no los expide.⁶⁶ En este caso, por vía refleja, la ausencia de reglamentación impide la ejecución de la ley que, no aplicada, torna en letra muerta al texto constitucional.

B) Algunas particularidades de la acción

- a) *Legitimación*. Cabe recordar que la ley fundamental de 1988 “ensanchó” la *legitimación activa* para la instauración de la acción directa de inconstitucionalidad.

¿Por qué hemos empleado el vocablo “ensanchó”? Por una razón fundamental: es que en el sistema de control de constitucionalidad de la Constitución de 1967-1969,⁶⁷ se confería el monopolio del ejercicio de la acción al procurador general de la República (en el orden federal) y a los procuradores generales de los estados (en el nivel local).⁶⁸

La actual previsión acuerda *legitimatio ad causam* al presidente de la República, a la Mesa del Senado federal, a la Mesa de la Cámara de Diputados, a la Mesa de la Asamblea Legislativa, al gobernador estatal, al procurador general de la República, al Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil (OAB), a los partidos políticos con representación parlamentaria nacional, a las confederaciones sindicales y a las entidades de clase con alcance nacional (*cf.* artículo 103, primera parte, *idem.*).

Se ha aclarado que la citación al abogado gral de la Unión, obligatoria en las acciones directas de inconstitucionalidad, no lo es en las por omisión, dado que en éstas no existe acto impugnado que deba ser defendido por aquél,⁶⁹ salvo en las hipótesis de omisión parcial (o relativa), en las

66 Ferraz da Cunha, Ana Cândida: *Processos informais de mudança da Constituição*, San Pablo, Max Limonad, 1986, p. 51.

67 Para ampliar respecto de la evolución histórica del control de constitucionalidad en Brasil, véase Bazán, Víctor, “Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino”, en *Entre Abogados*, San Juan, Foro de Abogados, año IV, núm. 8, 1996, pp. 18-30, en especial 21 y 22.

68 *Cfr.* Ferreira Mendes, Gilmar, “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año 32, núm. 126, abril-junio de 1995, pp. 87-102.

que deberá producir defensa para desvirtuar la alegada deficiencia de la norma.⁷⁰

b) *Objeto*. La acción no se dirige a la protección de un derecho subjetivo, sino a la defensa de la Constitución, o sea, a la plena realización de la voluntad del Constituyente.

Se está ante la presencia del procedimiento adecuado para perseguir la declaración de mora del legislador (o del órgano encargado de viabilizar la norma constitucional),⁷¹ con el consiguiente desencadenamiento del proceso de suplencia de tal omisión inconstitucional.⁷² Es una acción directa, *in abstracto y a posteriori*.

Se ha dicho —no sin razón— que con la aludida forma de control se busca “pasar de la abstracción a la concreción; de la inacción a la acción; de lo descrito a lo realizado”.⁷³

Por otra parte, se ha puesto de resalto que es improcedente la concesión de una medida “liminar” en la acción de inconstitucionalidad por omisión, en primer lugar, porque el artículo 102, parágrafo I, p, de la carta magna dispone esa decisión (en punto al pedido de tal medida) sólo en relación con la acción directa de inconstitucionalidad; por otro lado, si la propia decisión de mérito se limita a dar conocimiento de la omisión a los órganos políticos competentes para remediarla, la “liminar” no podría

69 Cfr. STF —Pleno— ADIN núm. 480-8, Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, sección I, 25 de noviembre de 1994 y RT 659/205; cit. por de Moraes, Alexandre, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; garantia suprema da Constituição*, San Pablo, Atlas, 2000, p. 242, nota 1.

70 Moraes, Alexandre de, *idem*.

71 Se ha afirmado que las omisiones potencialmente corregibles a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, pueden provenir: del legislador federal (o estadual) o del administrador, que puede “estar junto a los poderes Ejecutivo, Legislativo y hasta Judicial”, cfr. Lima da Fonseca, Antônio Cezar, *op. cit.*, p. 200.

72 Cfr. Merlin Clève, Clèmerson, *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 230.

73 Temer, Michel, *Elementos de direito constitucional*, 11a. ed., San Pablo, Ed. —revisada y ampliada—, 2a. ed., Brasil, 1995, p. 50.

tener efecto alguno.⁷⁴ Se ha afirmado que tal es el criterio del Supremo Tribunal Federal.⁷⁵

- c) *Naturaleza jurídica de la resolución*. En cuanto a la naturaleza jurídica de la sentencia que recaerá con motivo del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión, aquélla será *declarativa* y tendrá carácter *erga omnes*.

Con posterioridad a su dictado, deberá ser notificada al poder “incumplidor”. Si se tratara del Poder Legislativo no habrá fijación de un plazo para la adopción de las medidas pertinentes; se concreta solamente con la constatación del incumplimiento de una obligación preexistente. Se ha dicho que la decisión del Tribunal —declarativa de la inconstitucionalidad omisiva— no crea obligación jurídica ni tiene carácter sancionador; se trata de la mera constatación de una obligación preexistente.⁷⁶ Desde nuestro punto de vista, tal perspectiva (de consolidarse) condenaría a la acción a una absoluta esterilidad, pues como ha afirmado Barbosa Moreira en un voto contundente en su función como magistrado (refiriéndose al Poder Legislativo), dar conocimiento de la omisión al órgano omitente es una providencia totalmente inocua, hasta porque —presumiblemente— *nadie mejor que él sabe que está omitiendo*⁷⁷ —realizado propio—.

Si, por el contrario, el remiso es un órgano administrativo (alojado en la estructura de cualquiera de los poderes), la orden judicial le acordará un plazo de treinta días para el cumplimiento de las providencias necesarias.

74 Lopes Lourenço, Rodrigo, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Río de Janeiro, Forense, 1999, p. 148.

75 *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 133/569, 146/424, 161/739, 162/877 y 164/903, citada por Lopes Lourenço, Rodrigo, *idem.*, nota 3, También, RT 668/212.

76 Cfr. Rodrigues Machado, Márcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de So Paulo*, San Pablo, núm. 30, 1988, p. 55; aludida por Fernández Rodríguez, José Julio, “A inconstitucionalidade por omissão no Brasil”, *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, España, vol. IV, núm. 1, 1995, p. 147.

77 Barbosa Moreira, José Carlos, en MI 6/90, IV Grupo de Cámaras Civiles del TJRJ, RDT/RJ, 10/88, enero-marzo de 1992; citado por Hammes, Elia Denise, “Aça direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, *Revista Direito*, Brasil, Editora da UNISC, núm. 16, julio-diciembre de 2001, p. 51, nota 11.

- 3) *Distinción entre la inconstitucionalidad por omisión y el mandado de injunção*. En principio convendría evocar el artículo 5o., inciso LXXI, de la Constitución brasileña, que dispone: “Se concede el *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

El *mandado de injunção* es una acción particular tendiente a la defensa de derechos y garantías personales. Se destina a la solución de casos concretos, en los que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, produciendo efectos estrictamente *inter partes*.⁷⁸

A efectos de despejar dudas, hemos juzgado importante emprender una rápida distinción entre la acción de inconstitucionalidad por omisión y el *mandado*; garantías ambas que fueron incorporadas por la Constitución de 1988, como nuevos *writs* o formas directas de control de las omisiones de las autoridades públicas.

- A) *Competencia*. En la acción de inconstitucionalidad por omisión, viene discernida —exclusivamente— al Supremo Tribunal Federal.

Por su parte, en el *mandado*, la competencia se desgrena casuísticamente de la siguiente manera: son competentes para juzgarlo *originariamente*, el Supremo Tribunal Federal (cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado federal, de las Mesas de una de esas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal),⁷⁹ y el Superior Tribunal de Justicia (cuando la elaboración normativa fuera atribución de un órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de la justicia militar, de la justicia electoral, de la justicia del trabajo y de la justicia federal).⁸⁰

78 Cfr. Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2a. ed. —ampliada y actualizada—, Río de Janeiro, Renovar, 1993, p. 169.

79 Artículo 102, I, q de la Constitución.

80 Artículo 105, I, h constitucional.

En los demás casos, la competencia —residual— corresponde a todo el Poder Judicial.

B) Legitimación

- a) *Activa*. La acción de inconstitucionalidad por omisión podrá ser interpuesta por: el presidente de la República, la Mesa del Senado federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el gobernador de estado, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la OAB, un partido político con representación en el Congreso nacional y una confederación sindical o entidad de clase con alcance nacional.⁸¹

El *mandado*, por su parte, podrá ser incoado por cualquier persona (individualmente o en grupo) que tenga un interés jurídico personal en el dictado de la norma (persona física o jurídica).⁸²

- b) *Pasiva*. La acción podrá ser propiciada contra la persona o entidad competentes para la elaboración de la norma en cuestión, el poder público (Legislativo y Ejecutivo).

De su parte, el *mandado* deberá dirigirse contra el sujeto que inhibe o impide el ejercicio de un derecho.

- c) *Objeto*. Como anticipáramos, la acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización *abstracta*, que persigue la defensa de la Constitución —cuya efectividad ha quedado bloqueada por la ausencia de norma reglamentaria—. ⁸³

81 *Numerus clausus* establecido en el artículo 103, primera parte de la Constitución.

82 Inclusive, puede ser “despersonalizada” (*sic*), v. gr., una herencia vacante, una masa fallida, etcétera. Cfr. Lima da Fonseca, Antônio Cezar, *op. cit.*, p. 204.

83 Para graficar el objeto de la acción (y, concomitantemente, en orden a despejar toda posibilidad de equiparación con el propósito del *mandado de injunção*), en una sentencia se ha dicho: “La acción directa de inconstitucionalidad por omisión, de que trata el 2o. del artículo 103 de la nueva Constitución federal, no ha de ser propuesta para que sea practicado determinado acto administrativo en un caso concreto, mas sí apunta a que sea expedido un acto normativo que se torne necesario para el cumplimiento del precepto constitucional

El *mandado* es una acción particular —modalidad de fiscalización *concreta*—, dirigida a garantizar la satisfacción del derecho o de la libertad cuyo ejercicio ha sido enervado por la inexistencia de la norma reglamentaria. Se trata, entonces, de un remedio para superar la inviabilidad del ejercicio de un derecho o libertad constitucionales o de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, causada por la carencia normativa reglamentaria. Se ha expresado que resulta menos dificultoso enumerar aquellos casos en que el *mandado de injunção* no resulta aplicable, que una diagramación positiva de las hipótesis casuísticas en las que procede. Así, se ha dicho que no puede utilizarse en los siguientes casos: a) cuando la norma constitucional es autoaplicable; b) cuando aún no se ha agotado el plazo impuesto judicialmente al órgano competente, para que dicte la norma reglamentaria; c) cuando la laguna legal puede ser suplida por los procesos de integración dispuestos por el artículo 4o. de la Ley de Introducción al Código Civil (analogía, costumbres y principios generales del derecho); d) cuando la disposición cuya aplicación se requiere, se encuentra en su fase aprobatoria final, es decir, cuando está concluyendo el *iter* constitucional establecido para el proceso de sanción legislativa o promulgación, y e) cuando aun existiendo la norma cuestionada, ésta no satisface los intereses de determinada persona o grupo de personas (por el contrario, sí sería procedente, en el supuesto de que tal norma fuese inconstitucional), etcétera.⁸⁴

D) *Naturaleza y efectos de la sentencia*. En la acción de inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal no se subroga en el accionar del órgano legislativo, sólo declara la existencia de la inconstitucionalidad. Tiene efectos *erga omnes*.

A su turno, la resolución que recae en el *de injunção* es mandamental (constitutiva o condenatoria) y con efectos *incidenter tantum e inter partes*.⁸⁵

que, sin él, no podría ser aplicado”, ADInconst. 19, STF, rel. Min. Aldir Passarinho, RDA 175/81-84, enero-marzo de 1989; *cit.* por Lima da Fonseca, Antônio Cezar, *op. cit.*, *idem*.

⁸⁴ *Cfr.* Barbosa Moreira, José Carlos, “Mandado de injunção”, *Livro de estudos jurídicos*, 2a. ed., núm. 1, pp. 37-57; aludido por Quaresma, Regina, *op. cit.*, pp. 88 y 89.

⁸⁵ *Cfr.* Quaresma, Regina, *op. cit.*, p. 97.

- 4) *Diferencias entre la acción de inconstitucionalidad por omisión de los derechos brasileño y portugués.*⁸⁶ Como aclaración liminar, cabe recordar que la introducción de la figura en el ordenamiento jurídico brasileño reconoce inspiración portuguesa; sin embargo, existen algunas diferencias entre las previsiones constitucionales de ambas naciones, que a continuación señalaremos sucintamente.
- A) *Competencia.* En Brasil, la competencia corresponde —como expusiéramos— al Supremo Tribunal Federal; mientras que en Portugal, viene dispensada al Tribunal Constitucional.⁸⁷
- B) *Tipología de omisiones cuestionables.* En el ordenamiento del país sudamericano, la acción abarca un espectro más amplio que en el ordenamiento lusitano, pues en éste refiere a la omisión de las “medidas *legislativas* necesarias para tornar ejecutables las normas constitucionales” (artículo constitucional 283,1); al tiempo que en el brasileño está prevista para “la omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional” (artículo constitucional 103,2).

Del cotejo de las previsiones normativas, se infiere una mayor elasticidad en el dispositivo de Brasil, desde que no se califica qué tipo de medida debe estar ausente para viabilizar la acción; mientras que el portugués focaliza la hipótesis de ausencia de las *medidas legislativas necesarias*.

⁸⁶ Respecto del ordenamiento portugués, Miranda explica que todas las Constituciones preveían que tanto las normas programáticas cuanto las operativas (preceptivas) eran susceptibles de ser infringidas por omisiones del legislador, mas es sólo con la Constitución vigente, que se concibió un medio destinado *ex professo* a garantizarlas; pasando a citar los casos de las Constituciones de 1822 (artículos 28, 237, 238, 240); de 1838 (artículo 13.1, artículo 123.1); de 1911 (artículo 3o., núm. 31); de 1933 (artículo 8o., 2); de 1976 (artículo 293, núm. 3 inicial; artículo 63, núm. 2; etcétera) —manteniéndose con las dos revisiones constitucionales de 1982 y 1989—, Miranda, Jorge, *op. cit.*, pp. 514 y 515).

⁸⁷ En el texto de 1976, cabe recordar que la fiscalización era competencia del Consejo de la Revolución —como garante del cumplimiento de la Constitución—; órgano que decidía previo dictamen de la Comisión Constitucional, *cfr.* Miranda, Jorge, *ibidem*, p. 516.

Por tanto, la inconstitucionalidad omisiva en Brasil se verificaría en los supuestos en que no se realicen los actos legislativos o ejecutivos necesarios para “operativizar” las normas constitucionales.⁸⁸

- C) *Legitimación activa*. Es también más estrecha en Portugal que en Brasil. En efecto, en la previsión constitucional portuguesa la acción puede ser propiciada por el presidente de la República, el defensor del pueblo y, en algunos casos, por los presidentes de las asambleas legislativas regionales.

En Brasil, por su parte, la previsión es más amplia, siendo dispensada a todas las personas enumeradas taxativamente en la primera parte de artículo constitucional 103.

- D) *Naturaleza y efectos de la sentencia*. En ambos casos la naturaleza de la sentencia es idéntica: *meramente declarativa*.

En cuanto al alcance preceptivo, la de Brasil establece —una vez corroborada la omisión inconstitucional— un plazo de cumplimiento de treinta días (siempre que se trate de un órgano administrativo); alusión temporal que no aparece en la norma lusitana, limitándose el Tribunal Constitucional a comunicarla a o ponerla en conocimiento del órgano legislativo.

Es importante recordar que en el texto primigenio de la Constitución portuguesa de 1976, cuando se verificaba la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, el Consejo de la Revolución “podía” dirigir una recomendación a los órganos legislativos competentes, para que emitieran —dentro de un periodo de tiempo razonable— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales; en cambio, con la revisión de 1982, el Tribunal Constitucional se limita a “dar conocimiento” al órgano legislativo competente, actitud que le viene impuesta obligatoriamente.

88 Véase Da Silva, José Afonso, *Curso de direito...*, op. cit., p. 51.

5) Consideraciones finales

- A) El Constituyente brasileño de 1988 aprendió de los errores o falencias, pues —para la incorporación de la acción de inconstitucionalidad por omisión— tuvo en cuenta la propia praxis constitucional anterior, en la que muchas normas contenidas en la ley suprema fueron virtualmente “congeladas” (y, por ende, devenidas ineficaces) por la inactividad del legislador ordinario, quien omitió dictar la reglamentación pertinente.⁸⁹
- B) Del análisis de la figura, surge —según la visión de Merlin Clève— que el Constituyente no pretendió instituir, en el marco de la fiscalización abstracta, un tipo especial de acción —distinto del de la acción directa— para el control de la omisión inconstitucional.⁹⁰
- C) Es importante destacar que la Constitución de 1988 entrañó una disminución de la importancia del sistema de control de constitucionalidad incidental o difuso, al ampliar la legitimación activa para incoar la acción de inconstitucionalidad directa. En efecto, de tal modo viabilizó una mayor injerencia —en la dilucidación de las controversias constitucionales trascendentes— del Supremo Tribunal Federal, mediante la fiscalización abstracta de las normas —a cuyo respecto, recordamos, tiene competencia originaria—.⁹¹
- D) Quizá, y como crítica en cuanto a la redacción constitucional (o en el “debe”) podría colocarse que no existe —al menos desde la literalidad de la norma—, previsión para responsabilizar al funcionario del Poder Legislativo que incumpla la orden judicial que declaró la inconstitucionalidad por omisión, con lo que —si falta la “buena voluntad” interna del órgano legislativo— podrían llegar a esterilizarse el sentido y el efecto de la resolución judicial que acoja estimatoriamente la acción de inconstitucionalidad por omisión.

89 *Cfr.* Temer, Michel, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

90 Al respecto, coincidimos con Merlin Clève, Clèmerson, *op. cit.*, p. 229.

91 *Cfr.* Ferreira Mendes, Gilmar, *op. cit.*, p. 98.

Al respecto, y coincidiendo con Dantas, pensamos que la sentencia que declare la inconstitucionalidad omisiva y la consecuente intimación al órgano de carácter administrativo para que cumpla en el plazo de treinta días, tiene potencialidad suficiente para emplazar en el marco de las prescripciones del derecho penal al funcionario renuente —en el supuesto de incumplimiento de la orden judicial—; concretamente, su conducta quedaría subsumida en la figura del delito de desobediencia (o incumplimiento de los deberes de funcionario público), sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieren corresponderle.⁹²

Además, y en cuanto a los resultados prácticos de la acción, entendemos que “dar conocimiento a” o “poner en conocimiento del” órgano remiso acerca de la declaración de la inconstitucionalidad por omisión, no ha resuelto los casos de silencio legislativo.

Es interesante intercalar aquí las reflexiones de Da Silva acerca de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Al respecto, señala que la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad por omisión es “declarativa” en cuanto a aquel reconocimiento, mas aclara que no es *meramente declarativa*, por cuanto de ella se desprende un efecto ulterior de naturaleza *mandamental* en el sentido de exigir al poder competente la adopción de las providencias necesarias para suplir la omisión.⁹³ Advierte que si bien ese “sentido mandamental” es más acentuado con relación al órgano administrativo, también existe en lo referente al Poder Legislativo porque no ha de limitarse a dar conocimiento a éste sin consecuencia alguna, puesto que si el mismo no responde al mandamiento judicial incurrirá en una omisión aún más grave, por lo que —al menos— deberá dar alguna satisfacción al Poder Judicial.⁹⁴ No obstante ello, Da Silva reconoce que si no lo cumple, prácticamente nada se podrá hacer dado que no hay forma de obligar al legislador a que legisle, y fue por eso que, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, el autor pugnó por la institucionalización de una decisión judicial normativa que valiera como ley si después de cierto plazo el legislador no supliese la

92 Cfr. Dantas, Ivo, *Mandado de injunção*, 2a. ed., Río de Janeiro, Brasil, Aide, 1994, p. 65; mencionado por Fernández Rodríguez, José Julio, “A inconstitucionalidade por...”, *op. cit.*, p. 148.

93 Da Silva, José Afonso, “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 404.

94 *Idem*.

omisión, pero admite que el legislador Constituyente de 1988 no quiso dar ese paso al frente.⁹⁵

- E) Juzgamos necesario que la jurisprudencia proceda a delinear con nitidez las líneas fronterizas que separan al *mandado de injunção* de la acción de inconstitucionalidad por omisión, siguiendo el prolijo trazado demarcatorio que, desde un calificado sector de la doctrina brasileña, se ha efectuado para distinguir ambos institutos.

Ello, para evitar los rechazos *in límine* de las acciones intentadas, por carecer de los requisitos mínimos que garanticen su procedencia formal y, también, en mérito a la seguridad jurídica; y, asimismo —y ya respecto del *mandado de injunção*—, para sortear lo que constituiría una errónea interpretación judicial en el sentido de que, para que el ciudadano pueda remediar las inconstitucionalidades emanadas de la omisión del poder público —concretando, en la práctica, sus derechos— “debe aguardar que una de las “personas” enumeradas en la parte final del artículo 103 de la Constitución federal de 1988 ingrese con una acción de inconstitucionalidad por omisión y, sólo después, podrá impetrar el *mandado de injunção*”,⁹⁶ es decir, deberá evitarse considerarlo *subsidiario*⁹⁷ de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

- F) Queda en un cono de dudas determinar si los estados de la Unión están habilitados para incoar una acción de inconstitu-

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Quaresma, Regina, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁷ Cabe recordar que una parte de la doctrina brasileña, se expide en favor de la tesis que sostiene que el *mandado de injunção* es una “acción de inconstitucionalidad subsidiaria”. En favor de tal subsidiariedad se expiden —ejemplificativamente—, Calmon de Passos y Lopes Meirelles. En la corriente inversa, se sitúan Barbosa Moreira, Barroso, Quaresma, Siqueira Castro —con quienes coincidimos—, en cuanto a que aquella posición no resulta sustentable, en virtud de varias razones: *v. gr.*, ¿qué sentido tendría que el Constituyente hubiera creado dos institutos diversos, si pueden ambos ser mimetizados?; además, emergen nítidas diferencias entre las dos figuras (que hemos reseñado *supra*), de los cuales recordamos —ilustrativamente— que el *mandado de injunção* procura la satisfacción de derechos particulares, mientras que la acción de inconstitucionalidad por omisión busca garantizar la supremacía de la Constitución. Para ampliar respecto de las discrepancias doctrinarias, conviene ver Quaresma, Regina, *op. cit.*, pp. 64-66.

cionalidad contra las presuntas omisiones incurridas por aquélla, que resulten violatorias de sus respectivos estatutos institucionales. Desde nuestro punto de vista, sí podrían instarla en la medida en que se verifiquen los supuestos establecidos constitucionalmente para la procedencia de la acción. Ello, como forma de asegurar y mantener una sana pervivencia del esquema estadual federal establecido en el Brasil, además de garantizar el imperio de la Constitución.

Sobre el punto, se ha dicho que:⁹⁸

Como la Constitución federal es el único fundamento de validez del régimen federativo, los comportamientos omisivos de la Unión que infringen el Estatuto jurídico de los Estados miembros... (pueden atacarse por vía) de la inconstitucionalidad por omisión, forma de control de constitucionalidad que pretende asegurar la supremacía constitucional, específicamente a través de la verificación del cumplimiento, por acción, de las prescripciones de la Constitución.

- G) Por último, y para superar a la acción de inconstitucionalidad por omisión de una segura inocuidad, coincidimos con quienes condenan la posición del Supremo Tribunal Federal, que plasma una interpretación meramente “procedimentalista” en el juzgamiento de tales acciones, pues sería más conveniente que dicho órgano adoptase medidas interpretativas de orden práctico, por ejemplo, la posibilidad de que, al declarar inconstitucional la omisión, fije un plazo para que el legislador omitente la supliera confiriendo efectividad a la norma constitucional, y si el plazo se agotara sin que se concrete el dictado de alguna providencia en el sentido expuesto, podría el propio Tribunal quedar facultado a disponer normativamente de la materia, a título pro-

98 Barreto e Silva Filho, Derly, “As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, vol. 713, fascículo 1o. (Doctrina), San Pablo, marzo de 1995, p. 20.

visorio y hasta que el legislador (o poder público involucrado) procediese a elaborar la norma faltante.⁹⁹

d. Venezuela

Por imperio del artículo 336, apartado 7, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la Gaceta Oficial, núm. 36.860, del 30 de diciembre de 1999), se atribuyó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para: “7. Declarar la inconstitucionalidad del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar 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” —énfasis propio—.

Al respecto, Brewer-Carías señala que se trata del denominado “control de la constitucionalidad de las leyes por omisión”, y que la norma consagra una amplísima potestad a la Sala Constitucional, no estableciéndose condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que, en el caso de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.¹⁰⁰

e. Ecuador y Paraguay

- 1) Las Constituciones de estos países presentan normas que, con textura similar, exhiben interesantes perfiles para desarrollar a su respecto alguna aproximación a través de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión.

En función de ello, analizaremos sucesivamente —en lo pertinente— las prescripciones constitucionales de cada uno de esos estados, para pa-

⁹⁹ Véase, en tal sentido, Piovesan, Flávia: *Proteção judicial contra omissões legislativas. Aço direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, San Pablo, Editorial Revista dos Tribunais, 1995 y Hammes, Elia Denise, *op. cit.*, pp. 51 y 52, de quien hemos tomado la referencia a Piovesan.

¹⁰⁰ Brewer-Carías, Allan R., “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 953 y 954.

sar luego a elaborar algunas reflexiones que resultan comunes para ambos sistemas constitucionales.

- 2) En Ecuador, nos encontramos con una norma que ofrece útil materia prima para el análisis. Nos referimos al artículo 18 —párrafo 1o.— de la Constitución (aprobada el 5 de junio de 1998 y que entró en vigor el 11 de agosto de ese año), que expresa claramente: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, *serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*” —énfasis propio—.

Es importante destacar que, en rigor de verdad, el precepto transcrito fue introducido en el texto constitucional por conducto de las reformas de 1996.

Por su parte, los párrafos 2o.-4o. del mencionado artículo 18 disponen, respectivamente:

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 esta 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.

Sin ánimo de excedernos en esta presentación meramente enunciativa de la cuestión, valga recordar que el artículo 18 de la Constitución debe interpretarse y conjugarse homogéneamente con otras reglas constitucionales que dejan al desnudo los cimientos garantistas que, al menos desde el plano normológico, ofrece dicha ley fundamental. Nos referimos al Preámbulo e, *inter alia*, a los artículos 3o., incisos 2o. y 5o. (en cuanto a los deberes primordiales del Estado con relación, el primero de los incisos nombrados, a asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social; y, el segundo de ellos, a la erradicación de la pobreza y la promoción del progreso económico, social y cultural de los habitantes); 16 (en punto a

que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”); 19 (derechos y garantías implícitos) y 272 (supremacía constitucional).

- 3) Por su parte, en una fórmula dispositiva generosa y bajo el siguiente rótulo: “De los derechos y garantías no enunciados”, el artículo 45 de la Constitución del Paraguay (1992) reza: “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*” (énfasis propio).

La parte *in fine* de dicho precepto excede, a nuestro criterio, el mero ámbito de los derechos y garantías “no enunciados”, institucionalizando una vocación de operatividad (que en este contexto debe ser entendida como alegabilidad directa ante los tribunales) que involucra también a los explícitos.

Conduce a tal interpretación *extensiva*, la propia calificación que de tal precepto se diera en la Convención Constituyente que diera luz a la ley fundamental de 1992, en la que se hizo referencia al mismo diciendo que se pedía su aprobación “porque implica una garantía fundamental para la persona humana”.¹⁰¹

- 4) Pareciera existir en los preceptos señalados de ambos plexos constitucionales una declaración apriorística de operatividad (y, por tanto, de justiciabilidad) de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y, específicamente en el caso ecuatoriano, también de los instrumentos internacionales vigentes, que no consentirá la mediatización de aquéllos so pretexto de carencia o insuficiencia reglamentarias.

Es decir que, ante cláusulas constitucionales que defieran en una ley (en el supuesto de Ecuador, ya orgánica, ya ordinaria —*cf.* artículos constitucionales 142 y 143—) u otra norma el desarrollo de ciertos as-

¹⁰¹ *Diario de Sesiones*, Plenaria núm. 15, p. 9, Convencional Eusebio Ramón Ayala, *cf.* *La Constitución de la República del Paraguay*, Asunción, Edit. Latindata, 1993, p. 67.

pectos de, *v. gr.*, un derecho reconocido en la ley fundamental, y frente a un planteo concreto de aplicación operativa de éste, no cabría alegar (para obturarlo) el no dictado de la ley reglamentaria o de desarrollo constitucional.

Ello conduce a pensar, siempre en forma preliminar y al solo efecto de instalar el debate al respecto, acerca de la probable existencia de, al menos, dos supuestos que hipotéticamente podrían oficiar a modo de solución jurisdiccional:

- Si no existiera reglamentación alguna, podría solicitarse que —frente a tal omisión y en el caso particular— se asegurara jurisdiccionalmente el contenido mínimo del derecho plasmado en la norma constitucional en cuestión.
- Si existiera reglamentación, mas ésta fuera insuficiente, discriminatoria o adoleciera de cualquier otra deficiencia que configurara violación del principio de igualdad, podría requerirse judicialmente que se salvara la omisión inconstitucional relativa incurrida, por ejemplo, a través del dictado de una sentencia aditiva o con efectos aditivos.

5) Pareciera que, cada uno con sus respectivas particularidades de configuración léxica, tanto el artículo 18 —párrafo 1o.— de la Constitución ecuatoriana cuanto el 45 de la paraguaya, figurativamente presentarían una suerte de declaración de inconstitucionalidad *premonitoria* o calificación *preventiva* de arbitrariedad de toda reglamentación que incurriera en limitación, insuficiencia o cerceamiento de los derechos y garantías deparados constitucionalmente. En ello se percibe una clara restricción a la *discrecionalidad* del legislador.

En ese sentido, y tal como subraya Bidart Campos, el principio formal de legalidad cede ante el principio sustancial de razonabilidad, entendido éste como una valoración axiológica de la justicia, que muestra lo que se ajusta o es conforme a ésta, lo que tiene razón suficiente.¹⁰²

102 Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva ed. ampliada y actualizada a 1999-2000, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A, pp. 803 y 805.

Para determinar en la práctica si existe limitación reglamentaria irrazonable o arbitraria de un derecho, podría emplearse como guía el análisis de la cuestión a partir de la potencial vulneración (o no) del “núcleo esencial” de aquél. Dicho núcleo no puede ser extinguido, alterado, dañado o frustrado, por lo que, cuando el mencionado componente nuclear queda preservado, la limitación es razonable; por el contrario, si éste resulta afectado converge arbitrariedad e inconstitucionalidad.¹⁰³ De cualquier modo, debemos reconocer que no siempre es tarea sencilla discernir en qué consiste el núcleo o el contenido esenciales de un derecho¹⁰⁴ como límite infranqueable para el legislador¹⁰⁵ —véase, cuanto dijéramos en el subapartado II.4. de este ensayo—.

B. *Estadales o provinciales*

Como advertencia liminar, consignamos que dejaremos fuera del señalamiento a las previsiones constitucionales de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dado que serán objeto de un análisis particular al momento de abordar el estado de la cuestión en la República argentina.

a. En Brasil

Constituciones de los Estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina.

103 Cfr. Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota anterior, p. 809.

104 La Constitución de la República Federal de Alemania dispone que “(e)n ningún caso *la esencia de un derecho fundamental* podrá ser traspasada” —énfasis añadido—, artículo 19.2). Por su parte, la Constitución Española, refiriéndose a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, y luego de afirmar que ellos vinculan a todos los poderes públicos, establece que “(s)ólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*” podrá regularse su ejercicio —el realzado ha sido agregado—, artículo 53.1.

Un interesante estudio sobre la cuestión (tanto del artículo 19.2 de la ley fundamental de Bonn, cuanto el artículo 53.1 de la Constitución española), puede verse en Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

105 Es interesante la advertencia que en tal sentido formula Rubio Llorente, Francisco: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 56.

Analizaremos sucesivamente algunas previsiones de las Constituciones de los Estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina.

1) Constitución del Estado de Río Grande do Sul:

A) La Constitución estadual fue sancionada el 3 de octubre de 1989.¹⁰⁶

En su título III (“De la organización de los poderes”), capítulo III (“Del Poder Judicial”), sección II (“Del Tribunal de Justicia”) se encuentra contenida la facultad dispensada al Tribunal de Justicia para conocer y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo estadual frente a la Constitución local o bien municipales frente a las Constituciones local y federal,¹⁰⁷ *inclusive por omisión* —énfasis añadido—, específicamente, en el artículo 95, inciso XII, letra d.

La ley fundamental del Estado también dispone que el procurador general de justicia deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad (artículo 95, inciso XIV, 3).

En cuanto a la legitimación activa para articular la acción de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo estadual, o por omisión, aquella viene concedida, de acuerdo con el artículo 95, inciso XIV, 1, a:

- I. El gobernador del Estado.
- II. La Mesa de la Asamblea Legislativa.
- III. El procurador general de justicia.
- IV. El titular de la Defensoría Pública.
- V. El Consejo Seccional de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB).
- VI. Un partido político con representación en la Asamblea Legislativa.
- VII. Una entidad sindical o de clase de ámbito nacional o estadual.

¹⁰⁶ Es posible consultar el texto de dicha Constitución en <http://www.al.rs.gov.br/legis/constituicao.htm>.

¹⁰⁷ Cabe aclarar que por medio de la ADIn núm. 409-3, Actor, gobernador del Estado, Medida preliminar: concedida por el plenario del 6 de diciembre de 1990, se suspendió —hasta la decisión final de la acción— la eficacia de la expresión “y la Constitución federal” (“e a Constituição federal”), contenida en la letra d del inciso XII del artículo constitucional 95.

VIII. Las entidades de defensa del medio ambiente, de los derechos humanos y de los consumidores, de ámbito nacional o estadual, legalmente constituidas.

IX. El prefecto municipal, y

X. la Mesa de la Cámara municipal.

Por su parte, en función del artículo 95, inciso XIV, 2o., la legitimación para deducir la acción de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo municipal, o por omisión, se acuerda a:

I. El gobernador del Estado.

II. Al procurador general de justicia.

III. Al prefecto municipal.

IV. A la Mesa de la Cámara municipal.

V. A un partido político con representación en el Concejo Deliberante.

VI. A una entidad sindical.

VII. Al Consejo Seccional de la de los Abogados de Brasil (OAB).

VIII. Al titular de la Defensoría Pública.

IX. A las entidades de defensa del medio ambiente, de los derechos humanos y de los consumidores legalmente constituidas, y

X. A asociaciones barriales y entidades de defensa de los intereses comunitarios que estén legalmente constituidas desde más de un año antes de la fecha de la promoción de la demanda.

El mencionado Tribunal también recepta competencia para conocer de los amparos, *habeas data* y *mandados de injunção* contra actos u omisiones del gobernador del estado, de la Asamblea Legislativa y sus órganos, de los secretarios de Estado, del Tribunal de Cuentas del Estado y sus órganos, de los jueces de primera instancia, de los miembros del Ministerio Público y del procurador general del Estado (artículo 95, inciso XII, letra b, *idem.*). Asimismo, está facultado para resolver los amparos contra actos u omisiones de los prefectos municipales y de los Concejos Deliberantes (artículo 95, inciso XII, letra e, *idem.*).

B) A continuación ofrecemos un breve elenco ilustrativo de algunas decisiones expedidas por el Tribunal de Justicia estadual en relación con el tema en cuestión. Veamos:

a) Acción directa de inconstitucionalidad por omisión núm. 5910 59431.

Comarca de origen: Porto Alegre.
Fecha de juzgamiento: 19 de octubre de 1992.
Relator: Cacildo de Andrade Xavier.
Resuelto por: Tribunal de Justicia en Pleno.

El Tribunal juzgó improcedente la acción directa de inconstitucionalidad por omisión al considerar que la Ley Orgánica del Municipio de Panamá no estaba obligada a reproducir todos los dispositivos relativos a la iniciativa privada prevista en la Constitución estadual.

b) Acción directa de inconstitucionalidad núm. 592091003.

Comarca de origen: Porto Alegre.
Fecha de juzgamiento: 21 de diciembre de 1992.
Relator: José María Rosa Tesheiner.
Resuelto por: Tribunal de Justicia en Pleno.

El Tribunal reivindicó su competencia constitucional para apreciar la inconstitucionalidad por omisión relativa a la inexistencia de la ley ordinaria prevista en el mandamiento constitucional estadual (artículo 95, inciso XII, letra d, y artículo 93, inciso IX, de la Constitución estatal). Asimismo, dejó sentado que la inexistencia del Plan Nacional de Educación no impedía la creación de un Plan Estadual de Educación (artículo 208 de la Constitución estadual), dadas las competencias concurrentes del Estado y de la Unión para legislar sobre educación, cultura y deporte.

c) Acción directa de inconstitucionalidad por omisión núm. 593002934.

Comarca de origen: Porto Alegre.
Fecha de juzgamiento: 28 de febrero de 1994.
Relator: Adroaldo Furtado Fabrício.
Resuelto por: Tribunal de Justicia en Pleno.

El Tribunal dejó sentada la admisibilidad de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión en el ámbito estadual y precisó que no era inconstitucional frente a la carta política federal, la norma de la local que, en simetría con aquélla, instituyó en la esfera de ésta dicho remedio procesal constitucional. Añadió que la acción declarativa de inconstitu-

cionalidad tiene el mismo diseño en ambos planos: federal y estadual, a pesar de la economía de palabras con que el artículo 125, 2, de la Constitución federal autoriza su institución por parte de los estados federados.

- d) Acción directa de inconstitucionalidad por omisión núm. 596165993.

Comarca de origen: Porto Alegre.

Fecha de juzgamiento: 15 de marzo de 1999.

Relator: Antônio Janyr Dall'agnol Júnior.

Resuelto por: Tribunal de Justicia en Pleno.

Se expidió por la inviabilidad de la acción (vinculada con la exoneración de funcionarios públicos en cargos en comisión). Sostuvo el Tribunal que en el sistema patrio no se encuentra prevista la acción directa de inconstitucionalidad por omisión sino para aquellos casos en que la autoridad pública renuncia al deber constitucional de disponer genérica y abstractamente, ya por ley, ya por reglamento. El proceso quedó extinguido, sin examen de mérito.

- e) Acción directa de inconstitucionalidad por omisión núm. 70001533900.

Comarca de origen: Porto Alegre.

Fecha de juzgamiento: 5 de marzo de 2001.

Relator: Alfredo Guilherme Englert.

Resuelto por: Tribunal de Justicia en Pleno.

Acción directa de inconstitucionalidad por omisión que, refiriéndose a la Constitución federal, su juzgamiento no correspondía al Tribunal de Justicia. Por tanto, ante el conflicto con la carta magna federal, el proceso quedó extinguido sin juicio de mérito.

2) Constitución del Estado de San Pablo

La Constitución local fue sancionada el 5 de octubre de 1989.¹⁰⁸

¹⁰⁸ El texto constitucional puede ser consultado en: <http://www.adusp.org.br/arquivo/ConsEst/ConstEstad.htm>.

En el título II (“De la organización de los poderes”), capítulo IV (“Del Poder Judicial”), sección III (“Del Tribunal de Justicia”), específicamente en el artículo constitucional 74, inciso VI, se confiere al Tribunal de Justicia (órgano superior del Poder Judicial del Estado, con jurisdicción en todo su territorio y con sede en la capital —*cfr.* artículo 73, *idem.*—) la atribución de procesar y juzgar originariamente la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativos estadales o municipales a los que se considere contrarios a la Constitución local, y la acción de inconstitucionalidad por omisión (vinculada a un precepto de la mencionada Constitución estadual).

Ya en la sección XI (“De la Declaración de Inconstitucionalidad y de la Acción Directa de Inconstitucionalidad) de idénticos título y capítulo constitucionales, concretamente en el artículo 90, parte inicial, se establecen los legitimados activos para proponer (en el ámbito de sus respectivos intereses), la acción de inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo estadales o municipales contrarios a la Constitución local, o por omisión de una medida necesaria para tornar efectivos una norma o un principio de aquélla. Ellos son:

- I. El gobernador del Estado y la Mesa de la Asamblea Legislativa.
- II. El prefecto y la Mesa de la Cámara municipal.
- III. El procurador general de justicia.
- IV. El Consejo de la Sección Estadual de la Orden de Abogados de Brasil (OAB).
- V. Las entidades sindicales o de clase, de actuación estadual o municipal, demostrando su interés jurídico en el caso, y
- VI. los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, o, tratándose de una ley o de un acto normativo municipales, en la respectiva Cámara.

Por lo demás, concretamente en el 4 del mencionado artículo 90 se dispone que, declarada por el Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva una norma de la Constitución local, la decisión será comunicada al poder competente para la adopción de las providencias necesarias en orden a poner en práctica el acto que le compete o la iniciación del proceso legislativo, y, tratándose de un órgano administrativo, para que actúe en el plazo de treinta días, bajo pena de incurrir en responsabilidad.

3) Estado de Río de Janeiro

La Constitución de tal Estado fue sancionada el 5 de octubre de 1989.¹⁰⁹

En el título IV (“De los poderes del Estado”), capítulo III (“Del Poder Judicial”), sección III (“Del Tribunal de Justicia”), concretamente en el artículo 162, 2, se estipula la competencia del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva una norma constitucional, supuesto en el cual dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, si se tratara de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días.

4) Estado de Santa Catarina

La Constitución estadual fue sancionada en 1989.¹¹⁰

En el título IV (“De la organización de los poderes”), capítulo IV (“Del Poder Judicial”), sección III (“De la declaración de inconstitucionalidad y de la acción directa de inconstitucionalidad), específicamente en el artículo 85, 3, se establece (en sintonía con la previsión de la Constitución del Estado de Río de Janeiro recientemente reseñada) la competencia del Tribunal de Justicia (órgano del Poder Judicial, en función de lo dispuesto por el artículo 77, inciso I, *idem.*) para declarar la inconstitucionalidad por omisión.

Concretamente, se dispone que, reconocida la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva una norma de la Constitución local, la decisión será comunicada al poder competente para la adopción de las providencias necesarias en orden a la realización del acto o la iniciación del proceso legislativo, y, si se tratara de un órgano administrativo, para que lo cumpla en el plazo de treinta días.

b. En México: Constitución del Estado de Veracruz

- 1) Es interesante reseñar, al menos brevemente, algunas previsiones que, sobre el control de las omisiones legislativas, se encuentran contenidas en la Constitución del Estado de Veracruz.

¹⁰⁹ Puede consultarse el texto de la misma en: http://www.alerj.rj.gov.br/top_const_estadual.htm.

¹¹⁰ Su texto puede ser consultado en: <http://www.sc.gov.br/constituicao.htm>.

- 2) Comencemos recordando que en el título segundo, capítulo IV (“Del Poder Judicial”), sección primera (“Del control constitucional”), específicamente en el artículo 64, parte inicial, se establece que para el cumplimiento de las atribuciones contenidas en las fracciones I y II del artículo 56 (esto es, “garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella” y “proteger y salvaguardar los derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente”) el Tribunal Superior de Justicia¹¹¹ contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados.
- 3) En el mismo artículo, mas en la fracción III, se acuerda a la Sala Constitucional competencia para sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y *las acciones por omisión legislativa* y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al Pleno del Tribunal Superior de Justicia.
- 4) Concatenado con tal preceptiva, el artículo 65, *idem.*, determina que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local¹¹² (fracción III), que interpongan el gobernador del estado y, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos.

Por lo demás, se establece que la omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado, determinándose en dicha resolución un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o el decreto de que se trate la omisión.

Por último, se dispone que si transcurrido el mencionado plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases

111 Órgano en el que, conjuntamente con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Conciliación y Arbitraje y los Juzgados que señale la Ley Orgánica de la materia, se “deposita” el Poder Judicial, *cfr.* artículo 55 constitucional.

112 Recuérdese que, por virtud del artículo constitucional 80, “en el estado de Veracruz, la Constitución y leyes federales, los tratados internacionales y esta Constitución será la ley suprema”.

a que deban sujetarse las autoridades, hasta tanto se expidan la ley o el decreto correspondientes.

- 5) Cabe aclarar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo transitorio cuarto de la Constitución, las disposiciones contenidas en el artículo 65, fracción III, cobraron vigencia el día 1o. de enero de 2001.

2. *Prescripciones legales*

A. *Costa Rica*

Por medio de la reforma constitucional 7.128, del 18 de agosto de 1989 (Gaceta núm. 166, del 1o. de setiembre de 1989) se creó la jurisdicción constitucional en Costa Rica, incluyéndose en el artículo 10 de la Constitución de 1949 que “corresponderá a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público”. Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128.

El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional), fue desarrollado por la Ley núm. 7.135 (del 11 de octubre de 1989).¹¹³

En palabras de Piza Escalante, dicha Ley coloca a la Constitución Política como verdadera norma superior del ordenamiento jurídico costarricense, de aplicación normal y positiva y no como criterio negativo de interpretación y validez de dicho ordenamiento; ello, en virtud de la apertura respecto de los motivos de interposición de los recursos y acciones y de las nuevas posibilidades de análisis constitucional que crea.¹¹⁴

Por imperio del artículo 4o. de tal Ley se dispone —en cuanto a lo que aquí interesa— que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política”.

113 La ley puede ser consultada en: /cesdepu/nbdp.htm/cesdepu/nbdp.htm.

114 Piza Escalante, Rodolfo: “La Jurisdicción Constitucional costarricense”, *Justicia Constitucional comparada*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 142.

Específicamente, el artículo 73 de la mencionada Ley detalla los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo —ya en relación con el control de las omisiones inconstitucionales— los siguientes:

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” (énfasis nuestro).*

3. Aportes desde la doctrina judicial

A. La labor de la Corte Constitucional de Colombia

a. Presentación

Hasta donde llega nuestra información, en Colombia no existe norma constitucional alguna que expresamente se refiera a la inconstitucionalidad por omisión; sin embargo, la Corte Constitucional ha generado una interesante línea jurisprudencial acerca del punto en cuestión. De los diversos precedentes existentes, sólo analizaremos algunos (no obstante efectuar breves alusiones y remisiones a otros pronunciamientos del Tribunal sobre la temática *sub discussio*), pues un examen exhaustivo de todos ellos excedería abiertamente el propósito de la presente reseña ilustrativa de las experiencias del derecho comparado en relación con el control de las omisiones inconstitucionales.

Sólo nos permitimos recordar, en tanto útil para ubicarnos en el tema, que el artículo constitucional 241 confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, estableciendo en el numeral 4o. que aquélla es competente para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento

en su formación. Por su parte, el núm. 5o. de dicho artículo faculta al Tribunal para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150, núm. 10, y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. A su tiempo, el artículo 243, *idem.*, dispone que “(l)os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, añadiendo que “(n)inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Asimismo, y a los efectos del despliegue competencial de la Corte, cabe computar las disposiciones de la Ley núm. 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; del decreto núm. 2.067 de 1991,¹¹⁵ por el cual se dicta el “régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, y del Reglamento interno de la Corte Constitucional, adoptado por el acuerdo núm. 1 de 1992, adicionado por los acuerdos núms. 3 y 4 de 1992 y de nuevo codificado por el acuerdo núm. 5 de 1992, y posteriormente adicionado por los acuerdos núms. 1 de 1995, 1 de 1996, 1 de 1997 y 1 de 1999.

Por otra parte, no se nos escapa la existencia del artículo constitucional 87, que consagra la acción de cumplimiento,¹¹⁶ en los siguientes térmi-

115 Ilustrativamente mencionamos que el artículo 24 de dicho decreto establece: “La declaración de constitucionalidad de una norma no obsta para que proceda la acción de tutela respecto de acciones y omisiones de las autoridades o de los particulares derivadas de ella.

Tampoco impide que un juez no aplique la norma cuando por las circunstancias particulares del caso sea necesario proteger algún derecho constitucional que no fue considerado en la sentencia de la Corte Constitucional. En estos casos, el juez podrá, de oficio, elevar consulta a la Corte para que ésta aclare los alcances de su fallo. La Corte podrá resolver la consulta dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito donde se formule la consulta y comunicará inmediatamente al juez correspondiente la absolución de la consulta”.

Debe quedar claro que tal norma (y otras del mismo decreto) fue declarada inexecutable por la sentencia núm. C-113 de 1993, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

116 La incluimos expresamente en la presente referencia preliminar por cuanto a ella hace referencia, también explícita, uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que *infra* será examinado.

Nos referimos a la sentencia núm. C-1.064 de 2001, en cuyo subap. 3.1.2.4. del voto mayoritario

nos: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo”; añadiendo tal precepto que “(e)n caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Desde el plano infraconstitucional la acción de cumplimiento tuvo desarrollo normativo con la Ley núm. 393 de 1997, aunque no corresponde soslayar un importante antecedente vinculado con la mencionada acción: nos referimos a la Ley núm. 99 de 1993, por la que —entre otras cuestiones y además de crear el Ministerio del Medio Ambiente— se fijó el procedimiento para el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tuvieran relación directa con la protección y defensa del medio ambiente (concretamente, en los artículos 77¹¹⁷ y ss. de dicha legislación).

Pasemos, sin más preámbulos, a la breve revista de los antecedentes jurisprudenciales que anunciábamos.

b. Recorrido por algunos precedentes jurisprudenciales¹¹⁸

1) Sentencia núm. C-543/96

A) En la sentencia núm. C-543 del 16 de octubre de 1996 (magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz), se fijan algunas pautas

puede leerse que no es dable recurrir “a la creación de una analogía entre la omisión legislativa y la figura del silencio administrativo, pues éste parte de la existencia de un acto administrativo presunto (positivo o negativo) que en el caso de la omisión del legislador no se presenta. Por otra parte, tampoco hay término de comparación entre el acto administrativo que expide una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa. Los actos administrativos son sustancialmente diferentes a las leyes. Tanto es así que contra las omisiones absolutas del Ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del legislador no cabe la acción de inconstitucionalidad”.

¹¹⁷ Precisamente en el artículo 77 de la ley se plasmó el siguiente rótulo: “Del procedimiento de la acción de cumplimiento”. Dicho precepto queda inserto en el título XI de la ley, cuyo epígrafe es: “De la acción de cumplimiento en asuntos ambientales”.

¹¹⁸ En principio, seguiremos un orden cronológico en la exposición de la línea jurisprudencial seleccionada. Cuando ello no sea así, el abandono de tal sucesión cronológica obedecerá a que la vinculación temática o la conexidad entre algunas sentencias aconseja metodológicamente su tratamiento conjunto, más allá de las fechas en que las mismas hayan sido expedidas.

relativas a la “omisión legislativa”, en cuanto a su concepto, naturaleza y clases.

Ello, en el marco del expediente D-1.286, en el que se ventilaba una demanda de inconstitucionalidad articulada por el ciudadano HAMH (concretamente, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad), quien peticionaba a la Corte la declaración de inconstitucionalidad por omisión del Congreso “al no haber cumplido con la obligación de reglamentar los artículos 87 y 88 constitucionales, que consagran las acciones de cumplimiento y las acciones populares, respectivamente”.

B) La Corte afirmó que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.

Asimismo, y en punto a las clases de omisión legislativa, puso de manifiesto que el legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución.
- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros.
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.
- Cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, serían exigencias esenciales para armonizar con ella, por ejemplo, si al regular un procedimiento, se predetermina el derecho de defensa.

Además, el Tribunal advirtió que —en pronunciamientos anteriores— había sido “uniforme” en admitir su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, concretamente para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa, citando las sentencias núms. 555/94, 545/94, 473/94, 108/94, 247/95, 70/96, entre otras.

Igualmente, recordó que en los casos en que había encontrado vacíos legislativos hizo “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley

que desarrolle un determinado canon constitucional, las que —a criterio de la Corte— obviamente no constituían imposiciones sino admoniciones para que aquel órgano cumpliera la directiva constitucional, contexto en el cual evoca lo dispuesto en las sentencias núms. 90/92, 24/94, 473/94, 285/96, *inter alia*.

Ya en punto a la específica cuestión sometida a su juzgamiento, estimó que la acción pública de inconstitucionalidad, si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Añadió que las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa de la competencia de la Corte.

Por último, señaló que lo que se pretendía mediante la acción de inconstitucionalidad, era evaluar si el legislador —al actuar— había vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución.¹¹⁹ Por esta razón, detalló que había que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas, pues si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores ni acto que pueda ser sujeto a control.

De ello desprendió como conclusión (en el voto que podríamos calificar de “mayoritario”) que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

- C) Para evitar la parcialización del enfoque, debemos poner de manifiesto que existió una “aclaración de voto” por parte de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero¹²⁰ en la que, si bien éstos coincidieron con la conclusión mayoritaria en cuanto a la procedencia de la decisión

119 Téngase presente que el actor consideraba que el legislador había incurrido en inconstitucionalidad por omisión al no expedir las leyes que regulan las acciones de cumplimiento y las populares, consagradas en los artículos 87 y 88 de la carta; en consecuencia, solicitaba a la Corte “señalar un plazo razonable al legislador para reglamentar las normas constitucionales cuya efectividad solicitamos por vía de la presente acción pública de inconstitucionalidad, o en su defecto, si al cabo de dicho término el legislador formal no cumple con lo mandado, disponer que el Ejecutivo solicite facultades legislativas extraordinarias al Congreso, para que dentro del plazo establecido por el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, regule la materia respectiva”.

120 Existió, asimismo, una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

inhibitoria desde que no existía en el particular una manifiesta omisión legislativa, dejaron sentadas sustanciales pautas diferenciales en las que —siendo agudamente expuestas y con las que no podemos sino coincidir— desnudaron el criterio contrario a la percepción de la mayoría que postuló la incompetencia de la Corte para expedirse acerca de las llamadas omisiones legislativas absolutas.

En efecto, entre otras interesantes reflexiones, dejaron sentado que no es válida la afirmación esencial de la sentencia, de acuerdo con la cual la Constitución sólo prevé control sobre las actuaciones del legislador y no sobre sus omisiones absolutas pues, en determinados casos, éstas pueden implicar una violación de la carta, que no podría la Corte dejar de controlar, puesto que le corresponde la guarda de la integridad y supremacía constitucionales (núm. 8o.).

Sintéticamente, y para no continuar agotando la paciencia del lector, sólo transcribiremos (por su contundencia léxica y semántica) uno de los tramos conclusivos del voto aclaratorio de los citados magistrados. Éstos dijeron que:

...la Corte es competente para conocer de las omisiones legislativas absolutas, por lo cual no compartimos la motivación de la presente sentencia. Precisamos que nuestra argumentación no es de *lege ferenda*, pues no estamos afirmando simplemente que sería conveniente que se atribuyera a la Corte esa competencia. Lo que estamos diciendo es que la Corte tiene actualmente la facultad de pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, la cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución como norma de normas (CP, artículo 4o.), la definición de Colombia como Estado social de derecho (CP, artículo 1o.) y la competencia de la corporación para conocer de la constitucionalidad de las normas legales, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la carta (CP, artículo 241, ord. 4) (núm. 13).

- 2) *Sentencia núm. C-843/99*. En tal pronunciamiento, del 27 de octubre de 1999 (actor: MARG; ministro ponente: Alejandro Martínez Caballero), emitida en el marco del expediente D-2.348, la Corte declaró la inexecutable del artículo 26 de la Ley núm. 491/1999 (normativa por la que se establecía el seguro ecológico e —*inter alia*— se modificaba el Código Penal), y decidió hacer “un llama-

do al legislador para que si, dentro de su libertad de configuración política, considera necesaria la penalización de conductas que afectan el medio ambiente, debe otorgar todas las garantías constitucionales a los posibles sujetos activos, pues el principio de legalidad de la conducta, de la pena y del procedimiento se convierte en un imperativo de obligatorio cumplimiento”.

La resolución mereció un salvamento de voto por parte de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, quienes consideraban equivocada la decisión de la mayoría en el sentido de retirar del ordenamiento jurídico el artículo 26 de la Ley núm. 491/1999, desconociendo su verdadero alcance e ignorando lo dicho en las sentencias núms. C-320 y C-674 de 1998 de la Corte, que previamente habían estudiado la norma encontrándola ajustada al texto Superior.

- 3) *Sentencia núm. C-867/99*. En la sentencia en cuestión, proferida el 3 de noviembre de 1999, en el expediente D-2.336 (actor: RBM; magistrado ponente: Fabio Morón Díaz), puede verificarse la reivindicación de la facultad de la Corte de “exhortar” al Congreso, afirmando el Tribunal que podía recurrir a tal exhorto para que aquel cuerpo legislativo “dentro de su autonomía legislativa regule, si lo considera conveniente, las conductas específicas” citadas por el demandante y la consecuencia que se deriva cuando se incurre en ellas.

Recuérdese, ilustrativamente, que el accionante entendía que el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, en cuanto no tipifica como gravísimas los crímenes de lea humanidad cometidos por miembros de las fuerzas militares, viola los artículos 2o., 4o., 13, 14, 22, 93, 214.2 y 228 de la Constitución Política; los artículos 1o., 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 4o., 8o., 11 y 25 de la CADH; los artículos 2.1, 9o., 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales I y II.

Ante ello, la Corte se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre dicho asunto, por falta de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.¹²¹

- 4) *Sentencia núm. C-956/99*. En el expediente D-2.344 tramitaba la demanda de inconstitucionalidad deducida por JLPa contra el artículo 151, parcial, de la Ley núm. 200 de 1995, “por la cual se adopta el Código Disciplinario nico” y el artículo 327, parcial, del decreto núm. 2.700 de 1991, “por el cual se expiden normas de procedimiento penal”.

Al respecto, la Corte pronunció la sentencia núm. C-956, el 1o. de diciembre de 1999 (magistrado ponente: Álvaro Tafur Gálvis), en la que, luego de recordar que la omisión legislativa puede determinar la procedencia del control constitucional abstracto por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad (al modo como lo indicara en la sentencia núm. C-132/99),¹²² reiteró que ello era así cuando el cargo consistía en la omisión de carácter relativo en que habría podido incurrir el legislador en un determinado precepto o regulación (de acuerdo con lo establecido en las sentencias núms. C-108 y C-555 de 1994; C-188, C-543 y C-690 de 1996 y C-405 y C-540 de 1997, entre otras). Pero además, advirtió que no había sido así respecto de las omisiones de carácter absoluto, pues la tesis mayoritaria considera que el juez constitucional carece de competencia para conocer y decidir sobre la existencia de éstas, ante la ausencia de un texto normativo susceptible de control, razón por la cual se dictaron sentencias inhibitorias, como la reseñada sentencia núm. C-543 de 1996.¹²³

En concreto, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el inciso 2o. del artículo 151 de la Ley núm. 200 de 1995, “por la cual se adopta el Código Disciplinario nico”, en lo referente al cargo por violación al ordenamiento superior analizado; y hacer lo propio con el inciso 2o. del artículo 327 del decreto núm. 2.700 de 1991, “por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”, exclusivamente, en

¹²¹ Medió una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

¹²² Ministro ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

¹²³ Conceptos que, según la propia Corte refiere, fueron reiterados en la sentencia C-675 de 1999, ministro ponente: Carlos Gaviria Díaz.

lo relacionado con la acusación constitucional examinada en la sentencia en cuestión.

5) Sentencia núm. C-080/99

Tal resolución fue emitida el 17 de febrero de 1999, en el expediente D-2.133 (actor: GDL) y cuyo magistrado ponente fue Alejandro Martínez Caballero. Puede ser considerada como un ejemplo de “sentencia aditiva” (el Tribunal la rotuló como “sentencia integradora”). Veamos:

Los artículos 174 del decreto núm. 1.212 de 1990 y 125 del decreto núm. 1.214 del mismo año, establecen que las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un oficial o suboficial de la policía nacional, o de un empleado del Ministerio de Defensa o de la policía nacional, se extinguen cuando los hijos lleguen a la edad de veintiún años, pero en el caso de que éstos sigan estudiando, el término se prolonga hasta la edad de veinticuatro años. En cambio, en relación con los agentes de la policía nacional, el artículo 131 del decreto núm. 1.213 de 1990 no prevé la hipótesis del hijo que estudia, por lo cual se entiende que la pensión se extingue para los hijos cuando éstos lleguen a los veintiún años, incluso si se encuentran adelantando una formación académica.

El núcleo de la cuestión a resolver, consistía en dilucidar si existía un trato discriminatorio por parte de la normativa en cuestión en detrimento de los hijos de los agentes; temática a la que la Corte respondió afirmativamente pues en relación con la pensión de sobrevivientes, los hijos de los agentes se encuentran en la misma situación que los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la policía, por lo cual no existe ninguna razón que justifique que, en un caso, las disposiciones señalen que la pensión se prolonga hasta los veinticuatro años, si el descendiente estudia y depende del causante, mientras que esa posibilidad no se encuentra prevista para los hijos de los agentes.

En tales circunstancias, estimó estar ante la presencia de una “típica omisión legislativa relativa, que desconoce el principio de igualdad”, por lo que meritó necesario extender la regulación más benéfica prevista para los otros miembros de la policía nacional, a través de una “sentencia integradora”, cuya legitimidad había ya explicado —según sostuvo— en otro precedente (refiriéndose a la sentencia núm. C-109/95) —fundamento jurídico 15—.

En síntesis, declaró exequible la expresión “y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años” del inciso 1o. del artículo 174 del decreto núm. 1.212/90 y del inciso 1o. del artículo 125 del decreto núm. 1.214/90. Asimismo, hizo lo propio con el artículo 131 del decreto núm. 1.213/90, condicionando su exequibilidad a que el derecho a la pensión de sobreviviente de los hijos de los agentes que estudien y dependan económicamente de la persona fallecida se extingan a la edad de los veinticuatro años.

Ello, en virtud del principio de igualdad establecido en el artículo constitucional 13, en función de cuya aplicabilidad inmediata (sustentada en la fuerza normativa de la Constitución), decidió que la sentencia tuviera efectos retroactivos a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la actual ley fundamental. En consecuencia, los hijos mayores de veintiún años, y menores de veinticuatro, que con posterioridad a dicha fecha no hubieran podido gozar de la pensión de sobreviviente, debido a la diferencia de trato establecida por las normas señaladas, podrían —a los efectos de que se repararan sus respectivos derechos constitucionales desconocidos— reclamar de las autoridades competentes el reconocimiento de su sustitución pensional, siempre que no hubiere operado la prescripción con arreglo a las disposiciones vigentes.

- 6) *Sentencia núm. C-007 de 2001*. En la sentencia de mención, plasmada en el expediente D-3.032 (actor: JEPP) y emitida el 17 de enero de 2001 (magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett), se planteaba —*inter alia*— la inconstitucionalidad del numeral 6 del artículo 140 del Código Civil, que establece que el matrimonio es nulo y sin efecto “cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor”.

Al respecto, la Corte concluyó (en una resolución que quizás pueda ser considerada “manipulativa”) que existía un vacío legal en tal norma, negándose al hombre la posibilidad de convalidar el vicio del consentimiento derivado del secuestro, lo que resultaba discriminatorio y, por ende, inconstitucional, contradicción con la norma superior que no surgía simplemente de lo que la disposición dice, sino de lo que deja de expresar, pues se trata de un caso de inconstitucionalidad por omisión relativa.

Pero razonó que si retiraba del ordenamiento jurídico la expresión “de la mujer”, la disposición quedaría sin el sujeto titular del derecho a pedir la nu-

lidad del matrimonio o de convalidar el vicio del consentimiento, por lo que juzgó más conveniente no decidir la inexecutable pura y simple de la norma, sino un fallo de constitucionalidad condicionada, dejando en el ordenamiento jurídico la expresión “mujer”, pero en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad de sexos, la causal de nulidad del matrimonio y la convalidación de la misma, pudiera predicarse de cualquiera de los contrayentes (*idem.*, subapartado).

7) Sentencia núm. C-1.433 de 2000

- A) En los expedientes D-2.780 y D-2.804, en los que tramitaban sendas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley núm. 547 de 1999 y cuyos actores eran, en cada caso, RIJM y OMN —acciones independientes acumuladas al efecto mediante decisión del 26 de enero de 2000—, la Corte profirió la sentencia del epígrafe el 23 de octubre de 2000 (magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell).
- B) El nudo del problema a dilucidar por la Corte giraba en torno a si resultaba viable o no la pretensión dirigida a que se declarara inexecutable el artículo 2o. de la Ley núm. 547/99, en cuanto el legislador, al expedir el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal de 2000, violando la Constitución, no previó el aumento salarial para todos los servidores públicos, sino a favor de quienes devengarán menos de dos salarios mínimos.
- C) Mayoritariamente, el Tribunal entendió que en el particular el Congreso incurrió en el incumplimiento de un deber jurídico, emanado de las normas de la Constitución y, específicamente, de los artículos 53¹²⁴ y 150, numeral 19 literal e),¹²⁵ así como del artículo 4o. de la Ley 4a. de 1992.¹²⁶

¹²⁴ En referencia al estatuto del trabajo a expedir por el Congreso y los principios mínimos fundamentales que la ley deberá tener en cuenta.

¹²⁵ Relativo a la función del Congreso de dictar leyes (y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno) para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.

¹²⁶ Se trata de la ley que contiene los objetivos y criterios conforme a los cuales el gobierno debe determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Al especificar el cuadro normativo constitucional en juego, la Corte puso de resalto el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de garantizar su incremento para asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan tener un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. Asimismo, sostuvo que la exigencia de dicho deber surge:

i) De la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado social de derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (artículo 1o.); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículos 2o., 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (artículo 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (artículo 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (artículos 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (artículo 334) y viii) de la prohibición al gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede(n) disminuir los referidos derechos (*cf.* apartado VI: “Consideraciones y fundamentos”, subapartado 2.7).

D) En síntesis, el Tribunal decidió —en el voto mayoritario—:

- Que en el artículo 2o. de la Ley núm. 547 el Congreso incurrió en el incumplimiento de un deber jurídico, emanado de las normas constitucionales señaladas anteriormente y, específicamente, de los artículos 53 y 150, numeral 19, literal e), así como del artículo 4o. de la Ley 4a. de 1992.
- Declarar la exequibilidad del mencionado artículo 2o. de la Ley núm. 547, salvo en cuanto se omitió el mencionado deber jurídico,

en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos del 2000, en lo cual es inexecutable, y

- Poner en conocimiento del presidente de la República y del Congreso la decisión adoptada, “para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración de la presente vigencia fiscal”; asimismo, y a sus efectos, decidió que el pronunciamiento le fuera comunicado, también, al ministro de Hacienda y Crédito Público.

E) Corresponde destacar que el fallo mereció los salvamentos de votos individuales por parte de los magistrados Álvaro Tafur Gálvis y Cristina Pardo Schlesinger.

Brevemente presentada la cuestión, el primero de ellos observó en el voto mayoritario un exceso en las orientaciones de la Corte en cuanto a la incompetencia de controlar las omisiones legislativas absolutas, ya que la interpretación extensiva que concreta (en el considerando 2.11), cuando expresa que “las disposiciones de la Ley 4 de 1992 en cuanto desarrollo concreto de los mandatos de la Constitución y, específicamente, del contenido en el artículo 150, numeral 19-e, atan al Gobierno y al Congreso, y les imponen el deber jurídico de aumentar anualmente el salario de los servidores públicos”, ya que (siempre en la percepción de Tafur Gálvis) cabría inquirir si el incumplimiento de ese deber, concretado en el acto de formulación del proyecto de presupuesto conduce fatalmente a un vicio de inconstitucionalidad de la ley que lo adopte, o debe corregirse mediante otro tipo de sanción jurídica (apartado 1, párrafo 5o. del voto).

Por su parte, Pardo Schlesinger entendió que, en “lo que tiene que ver con la presunta omisión legislativa por el incumplimiento del supuesto deber de legislar en materia presupuestal incluyendo la referida partida para el aumento anual del salario de los servidores públicos, a mi juicio dicha omisión no se da, por cuanto, como se dijo anteriormente, de la Constitución no se deriva directamente el mencionado deber. Por ello la Corte carecía de competencia para formular indicaciones al Gobierno y al Congreso, sobre la obligación de incluir tal partida” (apartado 4 del voto).

8) Sentencia núm. C-1.064 de 2001

- A) Dicha sentencia fue proferida en el expediente núm. D-3.449, en el que discurría la demanda de inconstitucionalidad (articulada por AJS) contra el artículo 2o., parcial, de la Ley núm. 628 de 2000, “por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2001”; es decir, una cuestión con aristas similares a la resuelta en la sentencia recientemente analizada, esto es, la NC-1.433 de 2000.

El pronunciamiento fue emitido el 10 de octubre de 2001 y tuvo como magistrados ponentes a Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.¹²⁷

- B) La problemática fundamental a resolver se sintetizaba (en el criterio de la mayoría de la Corte) en la siguiente pregunta:

¿Incurrió el legislador en una omisión inconstitucional al apropiarse en la Ley Anual de Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2001 (Ley 628 de 2000), una suma de 54,977,492,723,932 pesos moneda legal (artículo 2o.) para cubrir los gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda en la medida en que ésta es insuficiente para cubrir el reajuste indexado, con base en la inflación causada, de los salarios de todos los servidores de las entidades cobijadas por el presupuesto a partir del 1o. de enero de 2001?¹²⁸

¹²⁷ Cabe advertir, no obstante, que la elaboración del proyecto de sentencia correspondió originariamente a la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, pero luego del debate por parte de los magistrados de la Corte, se decidió que el pronunciamiento fuese sustentado en definitiva por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño. Casualmente, la aludida magistrada, Vargas Hernández, terminó sustentando, conjuntamente con sus colegas, doctores Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil, un vehemente voto salvado en la sentencia en comentario, separándose radicalmente del criterio expuesto por la mayoría, al sostener en la parte final de la moción salvada que: “En síntesis, la decisión de la Corte de la cual disintimos de manera radical, autoriza y declara conforme a la Constitución una rebaja efectiva de los salarios de los servidores públicos, lo que, a nuestro juicio, viola la Carta de manera flagrante e implica un retroceso inaudito en el Estado social de derecho. Por ello, salvamos nuestro voto” —remarcado añadido—.

¹²⁸ *cf.* subapartado VII.2. del voto mayoritario.

Admitió que existían algunas similitudes entre este proceso y el que culminó con la sentencia núm. C-1.433 de 2000, ya que en ambos casos se presentaron cargos de inconstitucionalidad semejantes (recuérdese que en aquél se demandó la Ley núm. 547 de 1999 —ley anual de presupuesto de año 2000—, reprochándose la “falta de apropiación de recursos para garantizar el reajuste salarial indexado de los servidores públicos, lo cual configuraba una omisión legislativa contraria a la Constitución” —subapartado VII.3.1.2. de la moción en mayoría—). Tal proceso terminó con una decisión de fondo por parte de la Corte.

Aclaró que, pese a la semejanza entre los preceptos demandados en uno y otro caso, no era posible afirmar que existía cosa juzgada material, dado que la comparación específica del contenido de las disposiciones objeto de las demandas, las características de la omisión cuestionada, y el contexto en el que una y otra fueron expedidas y aplicadas, impedían llegar a esa conclusión.

En primer lugar, consideró que la diferencia entre los objetos demandados era de tal naturaleza que ni siquiera resultaba posible establecer una similitud entre las proposiciones normativas estudiadas por la Corte en aquel caso y las que en el presente debía analizar, debiendo tomarse en consideración que la Ley de Presupuesto tiene una vigencia anual, necesariamente distinta de la de años anteriores y, por lo tanto, el monto apropiado por el Gobierno Nacional en la Ley núm. 628 para cumplir con los gastos incluso en materia de funcionamiento era diverso del señalado en la Ley núm. 547 (subapartado 3.1.2.1. del voto de la mayoría).

Luego de advertir que el contexto normativo en el que se expidieron una y otra ley había cambiado apreciablemente (subapartado 3.1.2.2.), detalló que cuando se pretende afirmar la existencia de cosa juzgada material es menester comprobar que la norma objeto de la segunda demanda de inconstitucionalidad, pese a no ser una réplica textual de aquella que ya estudió la Corte, reproduce su contenido normativo, lo cual es imposible cuando lo que se alega es una omisión del legislador, pues en ese caso, no hay un contenido material propio que sirva como término de comparación.¹²⁹ Una omisión carece de contenido normativo y, por eso,

¹²⁹ Como referencia adicional, dijo la Corte textualmente en la nota 11 a pie de página: “En este punto es necesario indicar que la jurisprudencia constitucional no ha aceptado la aplicación del concepto de cosa juzgada material cuando el objeto de la demanda alude a una omisión legislativa. El caso que sirvió de marco en la sentencia C-427 de 1996 (ya mencionada) es un buen ejemplo sobre el particular. En esta oportunidad se demandaron

es considerada ausencia de regulación de una materia determinada (subapartado 3.1.2.3.).

Por su parte, juzgó que tampoco convergía término de comparación entre el acto administrativo que expide una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa ya que los actos administrativos son sustancialmente diferentes de las leyes; tanto así que, contra las omisiones absolutas del Ejecutivo, cabe la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del legislador no corresponde la acción de inconstitucionalidad (subapartado 3.1.2.4.).

Por último, y luego de una extensa fundamentación, declaró la exequibilidad del artículo 2o. de la Ley núm. 628 de 2000, en los términos del condicionamiento precisado en el numeral 6.2 de la sentencia, es decir:

6.2. ...que la movilidad salarial no se predica exclusivamente del salario mínimo legal y que la Constitución protege un derecho al mínimo vital que no es equiparable al salario mínimo legal (artículo 53, en concordancia con los artículos 1o., 2o., 13, etcétera y el preámbulo). También se concluye que la política pública salarial está llamada a propender el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores y empleados del sector público central (artículos 187 y 53). Si bien no le corresponde a la Corte señalar un medio único o una fórmula específica para que efectivamente se logre conservar el poder adquisitivo de dichos salarios dentro de la política macroeconómica, sí le compete defender la supremacía e integridad de la Constitución como juez constitucional en un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y

unas normas pertenecientes al régimen legal penal (el artículo 457 del antiguo Código de Procedimiento Penal) en las que el actor pretendió ver una omisión legislativa al señalar que para estos procesos (de conocimiento de la justicia de orden público), la ley no había regulado la realización de audiencia pública. En este caso, como ya se dijo, la Corte decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-093 del 93 por existir cosa juzgada material, pues allí se hizo un estudio detallado de otra disposición (el Parágrafo del artículo 13 del decreto 2.790 de 1990, modificado por el artículo 1o. del decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5o. del decreto 2.271 de 1991) en la que de manera expresa se decía que: En los procesos de competencia de los Jueces de Orden Público, no habrá audiencia pública en ningún caso. Ahora bien: el criterio que sirvió a la Corte en la C-427 de 1996 para arribar a su decisión fue la existencia de un pronunciamiento anterior sobre una disposición normativa, la existencia o no de audiencia pública en la justicia de orden público, idéntica aquella que el actor decía se había omitido. De ninguna manera se aceptó aquí la procedencia de la cosa juzgada material ante omisiones legislativas”.

en la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general. En consecuencia, se pasa a precisar los criterios constitucionales a los cuales debe sujetarse la política salarial de los trabajadores y empleados del sector público central, que son los cobijados por *la ley anual de presupuesto correspondiente al año 2001 demandada en el presente proceso y cuya naturaleza especial ya ha sido analizada* (énfasis del original).

6.2.1. Todos los servidores públicos tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario.

6.2.2. Los salarios de dichos servidores públicos deberán ser aumentados cada año en términos nominales.

6.2.3. Los salarios de dichos servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, deberán ser aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real.

6.2.4. Los salarios de los trabajadores no cobijados por el criterio anterior, serán aumentados de tal forma que los reajustes anuales de éstos servidores consulte el principio de progresividad por escalas salariales con el fin de que el incremento de quienes ganen menos sea porcentualmente mayor. Para que dicha progresividad sea estricta no deberá existir entre uno y otro grado o escala una diferencia desproporcionada. Las limitaciones al derecho a mantener anualmente el poder adquisitivo del salario de estos servidores sólo son admisibles constitucionalmente si ellas están dirigidas a alcanzar un objetivo de gasto público social prioritario y son estrictamente necesarias y proporcionales para lograr la realización efectiva de este objetivo.

6.2.5. Si al aplicar el cuarto criterio, resultare una diferencia entre el aumento salarial nominal anual y el aumento salarial real anual, ambos globalmente considerados, este ahorro fiscal deberá destinarse a gasto público social en beneficio de las personas especialmente protegidas por la Constitución, como por ejemplo los niños, las madres cabeza de familia, los desempleados, los discapacitados, los desplazados o los integrantes de otros grupos vulnerables, o a programas sociales constitucionalmente prioritarios, como por ejemplo, los de alimentación y cuidado de indigentes, cubrimiento de pasivos pensionales, educación y capacitación y salud.

6.2.6. Para dar cumplimiento a la Constitución, en los términos de la presente sentencia, las autoridades adoptarán las decisiones y expedirán los actos de su competencia.

C) Como anunciáramos (nota 127), existió un firme salvamento de voto por parte de los magistrados Clara Inés Vargas Her-

nández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

Tales magistrados, con indisimulada vehemencia, pusieron de manifiesto que la mayoría había incurrido en “manifiesto desconocimiento de la cosa juzgada material” en relación con lo resuelto en la sentencia núm. C-1.433 de 2000 (en la que la Corte Constitucional declaró la existencia de una omisión del deber jurídico de incluir en el presupuesto nacional para el año 2001 una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos y, por ello, declaró entonces la inexecutable del artículo 2o. de la Ley núm. 547 de 2000, únicamente en cuanto se incurrió por el legislador en una omisión al no incluir en él una partida suficiente para que los salarios de los servidores públicos fueran ajustados conforme a la inflación para que no perdieran su poder adquisitivo); ello, por cuanto (*cf.* subapartado 3.1.3. del voto salvado):

a. Tanto en el proceso que culminó con la sentencia C-1433 del 23 de octubre de 2000, como en el proceso D-3449 que culminó con la sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001, fueron demandadas las leyes de presupuesto nacional para 2000 y 2001, en cuanto en el artículo 2o. de ellas no se apropió una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos teniendo en cuenta para el efecto la disminución del mismo en virtud de la inflación.

b. En la sentencia C-1433 del 23 de octubre de 2000, la Corte Constitucional declaró que efectivamente se incurrió en la omisión legislativa del deber jurídico a que se ha hecho mención, conforme a las normas constitucionales que allí se indican; y, además, se agregó que se vulneró entonces, también, lo dispuesto en la ley 4 de 1992 que señala los objetivos, criterios y normas generales a los cuales debe sujetarse el gobierno, para fijar los salarios de los servidores públicos. Como es lógico, la constitucionalidad de la ley de presupuesto del año 2000, se analizó entonces frente a la Constitución y no en relación con otra ley, como sucede con la ley marco acabada de mencionar.

c. En la sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001, se desconoció la cosa juzgada material con respecto a lo resuelto en la sentencia C-1433 del 23 de octubre de 2000. En efecto:

La demanda de inconstitucionalidad de la ley de presupuesto para el año 2001 se formula por idéntica causa a la que culminó con la sentencia C-1433 del 23 de octubre de 2000, esto es, por haberse omitido la inclusión de

una partida suficiente para conservar el poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos.

Las normas constitucionales que rigen la materia, no han variado, pues son las mismas bajo las cuales fueron aprobadas las leyes de presupuesto para 2000 y para el año 2001.

Sin embargo, las decisiones contenidas en las sentencias C-1433 de 2000 y C-1064 del 10 de octubre de 2001, de manera inexplicable, no sólo son distintas sino opuestas, lo que salta a la vista con la simple comparación de los dos fallos mencionados. Así, en el primero de ellos, se declara la existencia de la omisión del deber jurídico a que se ha hecho alusión, al paso que en el segundo no se hace tal declaración. En el primero se declara inexecutable el artículo 2o. de la ley de presupuesto para el año 2000, en cuanto hace relación a la omisión ya advertida, en tanto que en el fallo del cual discrepamos, se declara la exequibilidad del artículo 2o. de la ley de presupuesto para el año 2001, pues se considera que no existe la omisión del deber jurídico de incluir en el presupuesto partida suficiente para evitar la disminución del poder adquisitivo de los salarios de los servidores públicos.

Por su parte, negaron enfáticamente que la cosa juzgada material no operara frente a omisiones legislativas, pues contrariamente a lo puntualizado por la mayoría, éstas sí tienen contenidos normativos concretos. Sobre el particular, dejaron expresado (subapartado 3.1.4.) que:

...curiosamente la misma sentencia C-427 de 1996, referida —pero que no fue citada por la Corte— para justificar *ad hoc* la improcedencia de la cosa juzgada material frente a omisiones relativas, es bastante ilustrativa y establece que el criterio de análisis para dilucidar si se está frente a una norma sobre la cual recae el fenómeno de la cosa juzgada material es la identidad de efectos normativos. En la mencionada sentencia C-427/96, la Corte aceptó que había una cosa juzgada material frente a la omisión del legislador, quien no estableció audiencia pública de juzgamiento en los procesos ante la justicia de orden público (artículo 457 del CPP). Por lo tanto en esa ocasión, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-093/93, en la cual sí existía una disposición que expresamente excluía dicha audiencia en tales procesos (párrafo del artículo 13 del decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1o. del decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5o. del decreto 2271 de 1991). Entonces, no es cierto, como lo afirma la sentencia de la cual nos apartamos, que según la jurisprudencia de la Corte el fenómeno de la cosa juzgada material no proceda frente a omisiones legislativas.

En sintonía con el fuerte tono de la parte motiva de su moción salvada, los magistrados remataron diciendo que: “en síntesis, la decisión de la Corte de la cual disentimos de manera radical, autoriza y declara conforme a la Constitución una rebaja efectiva de los salarios de los servidores públicos, lo que, a nuestro juicio, viola la carta de manera flagrante e implica un retroceso inaudito en el Estado social de derecho. Por ello, salvamos nuestro voto”.

c. Breve recapitulación

De los precedentes brevemente reseñados, y con las limitaciones propias de todo análisis preliminar y aproximativo, la doctrina judicial colombiana ofrece los siguientes elementos salientes:

- Considera que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente.
- Adopta la distinción wesseliana de omisiones absolutas y relativas.¹³⁰
- Mayoritariamente, tiene sentado que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta;¹³¹ visión restrictiva que —desde nuestra perspectiva— no se compadece íntegramente con la misión deferida en la Corte por la propia ley fundamental en orden a la preservación de la integridad y la supremacía de ésta, las que —hay que decirlo— pueden quedar violadas no sólo por una norma de desarrollo constitucional, v. gr., “incompleta”, lesiva del principio de igualdad ante la ley o que concrete una deficitaria regulación, por parte del órgano legislativo, sino también por la prolongación *sine die* de la omisión en el dictado de la normativa que, por imperio constitucional, aquél deba expedir.¹³²

¹³⁰ Véase, *supra*, subapartado II.5. del presente trabajo.

¹³¹ Valga aclarar que en la percepción que el magistrado Álvaro Tafur Gálvis dejara vertida en su voto salvado en la sentencia número C-1.433/00, aquella concepción contraria de la Corte a atribuirse competencia para controlar las omisiones legislativas absolutas habría quedado desairada por el criterio que la mayoría dejara plasmado en el voto triunfante en dicho pronunciamiento.

¹³² No deja de ser útil colacionar aquí algunas de las reflexiones de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en la aclaratoria de voto que sustentaran en la mencionada sentencia número C-543/96, por caso, cuando afirmaron

- En otras palabras, ante la omisión legislativa absoluta no habría remedio alguno, al menos, a través del ejercicio del control constitucional a cargo de la Corte; mas contra las omisiones absolutas del Poder Ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, conclusión que se desprende del razonamiento del Tribunal, cuando sostiene que no puede “recurrirse a la creación de una analogía entre la omisión legislativa y la figura del silencio administrativo, pues éste parte de la existencia de un acto administrativo presunto (positivo o negativo) que en el caso de la omisión del legislador no se presenta. Por otra parte, tampoco hay término de comparación entre el acto administrativo que expide una autoridad de la rama ejecutiva y la ley creada por la rama legislativa. Los actos administrativos son sustancialmente diferentes a las leyes. Tanto es así que contra las omisiones absolutas del Ejecutivo cabe la acción de cumplimiento, mientras que contra las omisiones absolutas del legislador no cabe la acción de inconstitucionalidad” (*cf.* sentencia núm. C-1.064 de 2001, subapartado 3.1.2.4.).

La alegada incompetencia (para abordar las omisiones legislativas absolutas) no parecería casar muy bien con lo afirmado por el Tribunal (en la sentencia núm. C-543/96) en cuanto a que *en los casos en que había encontrado vacíos legislativos* hizo “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara un determinado canon constitucional, las que —desde la óptica de la Corte— no constituían imposiciones sino admoniciones para que aquel órgano cumpliera la directiva constitucional (sentencias núms. 90/92, 24/94, 473/94, 285/96, *inter alia*). Creemos que cualquiera haya sido el tenor de las exhortaciones o admo-

que “...es necesario tener en cuenta que la Constitución, que es norma de normas (CP, artículo 4o.), no sólo contiene prohibiciones o reglas de competencia y organización pues el Constituyente también exige deberes positivos a los diversos órganos del Estado, entre los cuales está obviamente incluido el legislador. Por consiguiente, si el legislador no cumple esos mandatos específicos, podría configurarse una violación a la Carta que, en caso de ser demandada, caería bajo la competencia de esta Corte (CP, artículo 241, ordinario 4o.). En efecto, conforme ya lo mostramos, esta Corporación se pronuncia sobre los contenidos materiales de las leyes, esto es, sobre las normas legales, más que sobre los textos mismos, y una omisión legislativa absoluta no genera un vacío de regulación sino una norma específica” —énfasis añadido—, núm. 8o., 1a. parte).

niciones que efectuara al Congreso para que éste expidiera las leyes que desarrollaran las directivas constitucionales comprometidas en cada caso, si detectó *vacíos legislativos* fue porque la respectiva norma de desarrollo constitucional no existía y, si no existía, se estaba ante una omisión absoluta que el Tribunal intentó salvar instando al Congreso a legislar, es decir, a superar su inercia para liberar el tránsito de la fuerza normativa de la Constitución.

- Como interesante aspecto a destacar, es dable verificar en el repertorio jurisprudencial de la Corte la existencia de sentencias aditivas.
- Por último, y a estar por una reciente jurisprudencia constitucional, se ha afirmado mayoritariamente en el seno de la Corte la no aceptación del concepto de cosa juzgada material cuando el objeto de la demanda alude a una omisión legislativa¹³³ (sentencia núm. C-1.064 de 2001 y fallos allí mencionados).

B. *La tarea de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana*

a. Es dable ubicar un interesante precedente jurisdiccional en República Dominicana, resuelto por la Suprema Corte de Justicia del 24 de febrero de 1999, en la que suplió una omisión legislativa.

b. Brevemente presentados los hechos de la causa, resulta que “Productos Avon S. A.”, representada por su gerente general (señor LFM) y por medio de sus letrados, presentó una instancia mediante la cual interpuso formal recurso de amparo contra las sentencias dictadas por la Sala 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, del 10 de septiembre y 14 de octubre de 1998. En ella peticionaba: a) Que la Suprema Corte de Justicia declarara, en la sentencia a intervenir, que el amparo es una institución del derecho positivo dominicano; b) que dicho órgano trace el procedimiento a seguir en materia de amparo, de conformidad con las atribuciones que le acuerda el artículo 29, inciso 2o., de la Ley núm. 821 de organización judicial, y c) que ordenara el sobreseimiento o suspensión de la demanda laboral en nulidad de desahucio, reintegro

¹³³ Como se pusiera de manifiesto reiteradamente en este ensayo, de tal criterio se alejan los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil (véase salvamento de voto de dichos integrantes de la Corte Constitucional en sentencia núm. C-1.064 de 2001).

de trabajadores y reparación de daños y perjuicios, incoada en contra de “Productos Avon S. A.” y señor LFM hasta tanto se decidieran definitiva e irrevocablemente sendos recursos de apelación interpuestos el 13 de octubre de 1998, en contra de la sentencia del 10 de septiembre del año 1998, dictada por la Sala 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, y del 5 de noviembre de 1998, emitida por la misma Sala el 14 de octubre de 1998.

Los impetrantes alegaron, entre otras circunstancias, que las sentencias cuestionadas lesionaban los siguientes “derechos fundamentales”: a) derecho al debido proceso de ley; b) derecho a una actuación apegada a la ley o principio de la legalidad, y c) derecho a ser juzgado por una jurisdicción competente. Invocaron como fundamento legal de su acción, los artículos 25.1 y 8o. de la CADH, aprobada por el Congreso nacional por resolución núm. 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la Gaceta Oficial núm. 9.460, del 11 de febrero de 1978; además, alegaron en apoyo de su reclamo los artículos 3o., párrafo final,¹³⁴ y 8o., inciso 2o., literal “j”,¹³⁵ de la Constitución de la República.

c. La Suprema Corte entendió que las normas premencionadas tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la misma Convención, contra los actos violatorios de esos derechos, cometidos por personas que actúen o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares; y que, contrariamente a como había sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas con funciones judiciales o que no actúen en el ejercicio de esas funciones, el recurso de amparo —como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos— no debe ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el artículo 25.1 de la Convención, que el recurso de amparo

134 Tal norma dispone: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia a favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas”.

135 El precepto establece: “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa. Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos en que la publicidad resulte perjudicial al orden público o las buenas costumbres”.

está abierto en favor de toda persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluye entre éstas a las funciones judiciales.

No obstante ser ello así, entendió que no era posible que los jueces puedan acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, sin que se produzca la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial, por lo que tal vía queda abierta contra todo acto u omisión de los particulares o de los órganos o agentes de la administración pública, incluidos la omisión o el acto administrativo, no jurisdiccional, del Poder Judicial, si lleva cualquiera de ellos una lesión, restricción o alteración, a un derecho constitucionalmente protegido.

Añadió que si bien el artículo 25.1 de la citada Convención prescribe que el recurso de amparo debe intentarse ante los jueces o tribunales competentes, y si también es cierto que la competencia, para este recurso, no está determinada en el derecho procesal dominicano, no es menos cierto que como tal recurso constituye el medio o procedimiento sencillo, rápido y efectivo creado para todos los derechos consagrados en la Constitución y otras leyes excepto aquellos protegidos por el *habeas corpus*, ningún juez podría, si a él se recurre por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de ley que reglamente la acción ejercida.

En línea con ello, la Suprema Corte estimó que si es válido que para la protección de los derechos se debe tener un medio, un camino especial que los haga efectivos, ella misma está facultada, empero, para determinarlo cuando por *omisión del legislador (sic. —remarcado propio—)* no se hubiera establecido el procedimiento adecuado.

En ese sentido, afirmó que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuye competencia, al no existir ninguna disposición que pusiera a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resulta forzoso admitir —a tenor del citado artículo 25.1—, que cualquier juez o tribunal del orden judicial podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana; sin embargo, como ello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, juzgó evidente la necesidad de que ella misma (la Suprema Corte) determinara la competencia y el pro-

cedimiento que debería observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo, de acuerdo con las atribuciones que le confiere el artículo 29, inciso 2o., de la Ley núm. 821¹³⁶ de Organización Judicial.

En función de ello, interpretó que el artículo 25.1 de la Convención atribuye competencia, en el caso dominicano, a los jueces de primera instancia para conocer del recurso que dicha norma establece. Por lo demás, y con el fin de no desnaturalizar la esencia de la acción consideró conveniente disponer la adopción de reglas mínimas para la instrucción y el fallo de la misma y los recursos a que estará sujeta la sentencia que se dicte.

Por tales motivos, resolvió —entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa— declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la CADH “es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante resolución núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3o. de la Constitución de la República”.

Por su parte determinó la competencia para conocer la acción de amparo; diseñó el procedimiento a observarse en materia de amparo; los parámetros temporales dentro de los cuales debería: ser interpuesta la acción, fijada la audiencia para el conocimiento de la acción, pronunciada la sentencia y deducido el recurso de apelación ante la Corte respectiva; y declaró, por fin, que los procedimientos del recurso de amparo se harían libres de costas.

d. La solución adoptada por la Suprema Corte nos parece altamente encomiable, pues —por una parte— recibió la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional, concretamente, el artículo 25.1 de la CADH; y, por otra, ante la inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que —a su entender— constituía una omisión legislativa, a través de un remedio unilateral —*per se*, y sin intervención del órgano legislativo— y con sustento en el 29, inciso 2o., de la Ley de Organización Judicial núm. 821.

136 Cláusula que le concede atribución para “(d)eterminar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrientes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario”.

C. *La jurisprudencia constitucional en Alemania, Austria, España e Italia*

Si bien en los respectivos ordenamientos constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia no existen expresas disposiciones sobre el tema en cuestión,¹³⁷ vale aclarar que ha sido importante el despliegue de las respectivas jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas relativas; por ejemplo, más allá de algunas referencias que fuimos intercalando en el decurso del presente ensayo y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas” y, más específicamente, las “aditivas”; y de *remedios bilaterales*, que entrañan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador (y, en ocasiones, también del juez ordinario), por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las “sentencias de apelación”, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de

137 Por su atingencia con el repaso del derecho comparado que hemos propuesto para esta franja de nuestro trabajo, juzgamos de importancia transcribir algunas enseñanzas de Miranda sobre el punto. El profesor portugués ha dicho: “En Alemania, Austria e Italia, a pesar de no contar con una norma constitucional expresa que instituya el control, los respectivos tribunales constitucionales han conseguido llegar a resultados muy semejantes, mediante técnicas depuradas de interpretación e integración (a través de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas): a partir de la apreciación de la inconstitucionalidad por acción hacen verdadera apreciación de la inconstitucionalidad no ya por aquello que prescribe, sino por aquello que no prescribe. Algo semejante comienza a verificarse más recientemente en España. También en los Estados Unidos, los tribunales han ejercido, y con frecuencia, el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideren necesarias; declarando derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las asambleas legislativas de los Estados adopten, seguidamente, las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio. O es el Supremo Tribunal el que descubre un derecho nuevo, al abrigo de la ‘IX Enmienda’ (en una interpretación creadora, aun cuando resistida por cierta corriente)”. Como ejemplo gráfico de lo que comenta, contabiliza —en el contexto alemán— al que juzga como un caso muy importante: se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional federal del 29 de septiembre de 1990, sobre el sistema electoral para las primeras elecciones de la Alemania unificada, Miranda, Jorge, *op. cit.*, pp. 511 y 512.

la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”.¹³⁸

Pareciera ser que tales mecanismos empleados por los respectivos Tribunales constitucionales de los mencionados países europeos obedece a la insuficiencia del modelo del legislador negativo, pues como señala González Beilfuss en una excelente monografía tal modelo no refleja la función normativa que realizan dichos tribunales tanto en el plano legal cuanto en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, las sentencias estimatorias de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional.¹³⁹

Seguidamente, reseñaremos en forma sintética algunas experiencias que, al respecto, ofrecen las respectivas jurisprudencias de los Tribunales Constitucionales alemán, austríaco, español e italiano (*rectius*: Corte Constitucional, en este último caso). Veamos:

a. Alemania

- 1) Se ha afirmado que, doctrinaria y jurisprudencialmente, la figura de la inconstitucionalidad por omisión tuvo desarrollo inicial en la República Federal de Alemania.

Rudimentariamente presentado el tema, cabe recordar que la protección es procedente cuando: a) la omisión legislativa produce en perjuicio del peticionante —quien a tal respecto debe alegar y probar— la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido —en el particular, habría *carencia de norma*, o sea, *omisión absoluta o total*—, y b) en el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma —ya existente— en el sentido establecido por el Tribunal, trasuntado en una de sus sentencias —en el caso, la disposición legislativa existe, pero *incompleta* o *desfasada* en relación con lo que el Tribunal ha dispuesto para corregir su deficiencia; en tal hipótesis se patentiza una *omisión relativa o parcial*—.

¹³⁸ Cfr. Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

¹³⁹ González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 12 y 13.

Barroso recuerda que, antes de esa formulación, la cuestión del poder normativo de los jueces ante una omisión del legislador ya se había insertado a propósito del artículo 117, inciso 1, de la ley fundamental alemana (de 1949 para la República Federal de Alemania). Añade que este dispositivo determinó que todas las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad entre hombres y mujeres fuesen modificadas hasta el 31 de marzo de 1953; en función de ello, en decisión fechada el 18 de diciembre de 1953 y no habiendo el Legislativo promovido las reformas exigidas, el Tribunal Constitucional declaró que todas las leyes incompatibles con aquella regla mayor dejaban de ser aplicables.¹⁴⁰

La sentencia que requiere la medida legislativa fija un plazo para que la reglamentación sea elaborada (*Konkretisierung*). Una vez concluido se plazo, competirá al Tribunal Constitucional resolverla, existiendo una sanción política para el órgano omitente.¹⁴¹

Es interesante evocar aquí un paradigmático caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán mediante la sentencia núm. 26/1969, del 29 de enero, precedente que constituye una de las muestras más señeras de la vertiente jurisprudencial consistente en encarar *per se* el mencionado proceso de *concretización* de una norma constitucional para asignarle eficacia (*Konkretisierung*).

Veamos: el artículo 6o., inciso 5o., de la ley fundamental de Bonn (*Grundgesetz* —en adelante: *GG*—) disponía 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”. Al haber transcurrido un prolongado lapso de tiempo desde la entrada en vigencia de la Constitución (veinte años), sin que la legislación dispensase la aludida “igualdad”, el Tribunal —frente a un caso concreto sometido a su jurisdicción— decidió que la normativa constitucional era directamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias. Salvó, así, la inicua omisión incurrida, al tiempo de ordenar al cuerpo legislativo que procediera a dictar la normativa establecida en el artículo 6o., inciso 5o., *GG*, en el curso de la Legislatura de

140 Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 159.

141 Se ha dicho que en Alemania existe la conciencia de que todos los órganos constitucionales están vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional, no pudiendo dejar de cumplir —cuando están alertados de su omisión— el llamado principio de finalidad constitucional (*Verfassungsorganentreue*), *cfr.* Quaresma, Regina, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

tal año (1969), intimación que fue acatada promulgándose la ley el 19 de agosto de dicho año, para entrar en vigor el 1o. de julio de 1970.¹⁴²

De la norma que provocó la ejemplarizadora sentencia del Tribunal no surgía plazo expreso alguno para el cumplimiento del “encargo” al legislador, mas la importancia del bien jurídico que el precepto intentaba tutelar y su anclaje axiológico exigieron una solución satisfactoria desde la jurisdicción, en tanto el órgano legisferante omitía proporcionarla y, al dejar éste transcurrir el tiempo, adquirió pleno significado el artículo 1o., inciso 3o., GG,¹⁴³ haciéndose necesaria la concreción de la voluntad constitucional en tanto fuera posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador.¹⁴⁴

Además del vencimiento del plazo adecuado para la sanción de la ley de adaptación de la norma constitucional, el sustento primordial del órgano judicial fue que el precepto en juego involucraba un contenido legal suficientemente positivo y claro que le permitía actuar como cláusula general directa sin que peligrara insoportablemente la seguridad jurídica,¹⁴⁵ paralelamente a que estimó que hubiese sido incompatible con el carácter de norma constitucional interpretar que la Constitución se contentase con rebajar la previsión del artículo 6o., inciso 5o., a la categoría de mera expresión programática; por el contrario, juzgó procedente sostener que, en el caso de la norma indicada, la voluntad constitucional debía ser ejecutada por la justicia.¹⁴⁶

- 2) Cabe añadir que, a partir de la modificación de la Ley del Tribunal Constitucional federal (operada en 1970), el Tribunal queda habilitado —y de hecho, así lo ha realizado en numerosas ocasiones— a declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de una ley (*Unvereinbarkeit*); concretamente, el texto de esta última es conforme a la

142 Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general...*, p. 314.

143 Que establecía que los derechos fundamentales que a continuación detallaba (y entre los que se incluía la igualdad —artículo 3o., GG.— y la mencionada pauta que involucraba a los hijos ilegítimos y legítimos —artículo 6o., inciso 5o., *ibidem*—) vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable.

144 Considerando B.I.4.b, *cf.* traducción de su texto en Pina, Rolando E., *op. cit.*, p. 86.

145 Considerando B.I.5, *idem.*, p. 89.

146 Considerando B.I.4.b, *idem.*, p. 87.

Constitución, mas contiene una omisión o una laguna que deben ser colmadas por razones constitucionales.¹⁴⁷ Díaz Revorio puntualiza que, en tales casos, se opta por declarar la inconstitucionalidad del precepto legal, mas no su nulidad¹⁴⁸ porque se entiende que ésta podría crear una situación todavía más alejada de la Constitución que la existente con la aplicación de tal ley, provocando un vacío legislativo a causa de la nulidad de toda la regulación;¹⁴⁹ además, se considera que si, en cambio, se procediera a extender los efectos de la ley (mejorando, en su caso, al grupo a que ella causaba un perjuicio) exigiría probar que el legislador, en la hipótesis de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo la ampliación del círculo de beneficiarios.¹⁵⁰

- 3) Por otra parte, no deseábamos omitir una breve referencia a las normas de prognosis,¹⁵¹ que son aquellas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han quedado desgastadas o desfasadas como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, deviniendo —total o parcialmente— anacrónicas y, por ende, disvaliosas.

La moderna doctrina alemana destaca la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en *mejorar* o *corregir* tales normas de prognosis. La omisión no se centra ya en la ausencia total o parcial de la norma, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento de la existente.¹⁵² Esta carencia o déficit de perfeccionamiento de las leyes asumirá particular importancia jurídico-constitucional, cuando de la falta de me-

147 Díaz Revorio, Francisco J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 260.

148 *Idem*.

149 Zeidler, Wolfgang: “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l’Etat* (“VIIème Conférence des Cours Constitutionnelles européennes”, Lisbonne, 1987), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1987, vol. III, p. 48; aludido por Díaz Revorio, Francisco J., *Las sentencias interpretativas del...*, *op. cit.*, *idem*.

150 Díaz Revorio, Francisco J., *Las sentencias interpretativas del...*, *op. cit.*, *idem*.

151 Stettner, Rupert, “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, c. 23, 1982, pp. 1123 y ss.; aludido por Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1091, nota 49.

152 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, *op. cit.*, p. 1091.

jas o correcciones resulten consecuencias gravosas para la efectivización de los derechos fundamentales.¹⁵³

En opinión de dicha doctrina, se considera que generan obligación de desarrollo posterior —por parte del legislador— las situaciones en que se modifican las circunstancias determinantes (deber general de adecuación o *allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), los casos de necesaria corrección en los supuestos de prognosis errónea y la hipótesis de mejora *a posteriori*.¹⁵⁴

- 4) Es interesante recordar, por último (y como adelantábamos), que el Tribunal Constitucional Federal alemán distingue entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales”, mediante las sentencias “apelativas” o “de apelación” (*Appellentscheidungen*),

que son el resultado de la constatación de situaciones todavía constitucionales, donde, simultáneamente, se hace una apelación al legislador para alterar la situación, eventualmente dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, con la consecuencia adicional, caso de que ello fuera posible, de aplicar directamente el mandato constitucional.¹⁵⁵

Díaz Revorio presenta un cuadro de los supuestos que, según Zeidler, constituyen varios supuestos de “sentencias de apelación”: a) las que tienen como característica común el deseo de evitar la confusión en la política constitucional (por caso, la cuestión de las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador que devinieron inconstitucionales a causa de la alteración de las cifras de población); b) las que declaran que una situación jurídica es todavía aceptable constitucionalmente, mas agregan una apelación al legislador para que realice una nueva regulación de todo un ámbito jurídico (*v. gr.*, procurar iguales condiciones a los hijos naturales y a los legítimos), y c) las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución

¹⁵³ *Cfr.* Badura, Peter, “Die Verfassungsrechtliche Pflicht der gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen”, *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für K. Eichenberger*, p. 483 y Stettner, Rupert, *op. cit.*, p. 1123; aludidos por Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito...*, *op. cit.*, *idem*.

¹⁵⁴ Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁵ Véase referencia en nota 30 a pie de página.

exige su modificación, dado que los cambios sociales o las disparidades crecientes provocarán poco a poco una violación del principio de igualdad (por ejemplo, en el caso de las pensiones de viudos y viudas).¹⁵⁶

b. Austria

Ya en el contexto de Austria, y en relación con el problema de las omisiones inconstitucionales relativas, Díaz Revorio¹⁵⁷ pone de manifiesto que lo más destacado del sistema de ese país (que no cuenta con una vía específica para que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto de las omisiones del legislador) radica en la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la anulación¹⁵⁸ ordenada por el Tribunal, opción que se muestra como especialmente adecuada para resolver el problema creado por una ley que no es inconstitucional en sí misma, mas sí por lo que omite, o por no incluir a otras categorías a las que constitucionalmente les correspondería idéntico tratamiento que las previstas en la regulación legal. En estos casos, prosigue el autor español citado, la ley continúa vigente y se sigue aplicando hasta el transcurso del plazo señalado por el Tribunal, momento a partir del cual perderá su vigencia.¹⁵⁹

Advierte Díaz Revorio que el Tribunal también ha expedido decisiones (“aditivas”) que han “completado” una ley ordinaria a la que le faltaba “algo” para poder ser considerada acorde con la Constitución, situación

156 Zeidler, Wolfgang, *op. cit.*, nota 148, pp. 44 y ss.; aludido por Díaz Revorio, Francisco J., *op. cit.*, “El control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 97.

157 Díaz Revorio, Francisco J., *op. cit.*, nota anterior, pp. 87 y 89.

158 Sobre el punto, se ha precisado que, “a fin de evitar las consecuencias negativas que, en ciertos supuestos, podrían derivarse de la anulación de la norma jurídica, la Constitución austríaca ha previsto, en los apartados 5 y 7 de su artículo 140, una excepción a la regla general..., que ha posibilitado el surgimiento de las denominadas *sentencias de anulación con efectos diferidos*. Así, el Tribunal se encuentra facultado para establecer un plazo (que no puede superar un año) a partir del cual la ley inconstitucional perderá su vigencia. De esta forma, la ley inconstitucional continúa rigiendo y aplicándose durante el plazo señalado en la sentencia, tiempo durante el cual el legislador no sólo tiene la oportunidad sino que debe reconstruir la situación de inconstitucionalidad producida y rehacer la ley” —cursivas del original—, Eguiguren Praeli, Francisco J., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Mesa 4 (“Instrumentos de Justicia Constitucional”), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 12-15 de febrero de 2002).

159 Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 89.

que ejemplifica refiriéndose al caso en que aquel órgano, al enjuiciar la constitucionalidad de la ley de telecomunicaciones, formuló una norma designada expresamente como un “complemento” de tal ley, e inclusive la redactó en un párrafo, disponiendo que las autoridades responsables de las telecomunicaciones no podían conceder una autorización para la creación y explotación de una red de telecomunicación destinada a la explotación de un sistema audiovisual (VfSlg 9909, 1983).¹⁶⁰

Desde un punto de vista más amplio, se ha puesto de manifiesto que una de las misiones de la jurisprudencia del Tribunal consiste en corregir los defectos de las leyes que no son consecuencia de evaluaciones políticas diferentes, sino de la negligencia y de la imprevisión del legislador; en ese sentido, una reglamentación podría vulnerar la exhortación de objetividad si sus efectos jurídicos dependieran del azar o de condiciones manipuladas, lo que podría derivarse del hecho de que el legislador no hubiera previsto todos los casos afectados o no hubiese reflexionado profundamente acerca de sus consecuencias.¹⁶¹

c. España

- 1) En tanto integran este volumen medulosos trabajos sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en España,¹⁶² realizaremos sólo una muy escueta referencia al problema tal como ha sido percibido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional.
- 2) En el contexto español el Tribunal Constitucional ha utilizado —para suplir la omisión legislativa—, una gama de opciones: *v. gr.*, materializar “recomendaciones” al Legislativo, declarar la inconstitucionalidad sin nulidad (por caso, las sentencias núms. 45/1989 y 96/1996) y dictar sentencias aditivas. En punto a estas últimas, se ha sostenido que suelen estar conectadas con la inconstitucionalidad por omisión, al ser causadas por el incorrecto desarrollo legislativo del asunto que se sustancia ante el aludido Tribunal y que,

¹⁶⁰ *Idem.* y nota 18 del citado trabajo.

¹⁶¹ *Cfr.* Oehlinger, Theo, “El Tribunal Constitucional austríaco”, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 521.

¹⁶² Remitimos al lector, además, a las completas monografías sobre Inconstitucionalidad por omisión escritas en España por Fernández Rodríguez, José Julio y Villaverde Menéndez, Ignacio, ya citadas en este ensayo.

precisamente, es tal omisión la que posibilita y justifica el añadido de los elementos que conformarán la nueva norma, con la que se trata de superar la situación contraria a la Constitución que venía determinada por esa omisión.¹⁶³

3) La labor que en ese campo le cupo al Tribunal, puede sintetizarse —siguiendo a Aguiar de Luque— de la siguiente manera:¹⁶⁴

- Una de ellas ha sido “a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a las normas básicas”,¹⁶⁵ a que alude el artículo constitucional 149. Ello, para evitar “el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de la CCAA” (a partir de la sentencia del 28 de julio de 1981).
- Otra de las fórmulas utilizadas ha sido “ampliar la vigencia de una norma a aquellos sectores de población inicialmente no previstos por el legislador”,¹⁶⁶ en los casos de omisión inconstitucional relativa —o parcial—, apuntando a garantizar operativamente el principio de igualdad ante la ley (sentencias núms. 103 y 14, del 22 y 23 de noviembre de 1983 —respectivamente—, sobre “el derecho a una pensión de viudedad por los varones”, y sentencia núm. 81, del 21 de diciembre de 1982, relativa al pago de horas extras a los ATS varones, etcétera).
- Por último, la tercera técnica se ha dado en la órbita de los casos de inconstitucionalidad por omisión que vulneran derechos fundamentales. Sobre el punto, Aguiar de Luque¹⁶⁷ ha sostenido:

Se trata concretamente de las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia que se inician con la sentencia 15/82, del 23 de abril. En tales supuestos el Tribunal estimó que en la medida en que el mandato al legislador se vinculaba a un derecho fundamental de carácter subjetivo, este último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador... no se trata de que el mandato sea aquí más inmediatamente vinculante, sino de que, en la medida en que se trata de un

163 Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 235.

164 Aguiar de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 24, 1987, pp. 29 y 30.

165 Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, vol. I, núms. 100 y 102, 1983, p. 393.

166 Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, *idem*.

167 *Ibidem*, p. 30.

derecho fundamental accionable ante el Tribunal Constitucional, se trata de un precepto que goza de aplicación directa, aunque sea con un contenido mínimo como indicara la precitada sentencia. Sin embargo, es lo cierto que a través de ello el Tribunal llevó a cabo una verdadera innovación jurídica introduciendo la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas, que anteriormente no existía en nuestro ordenamiento.

d. Italia

- 1) La jurisprudencia de la Corte Constitucional indica que ésta ha actuado llenando los vacíos legales —a través del proceso de integración judicial—;¹⁶⁸ y, bastante frecuentemente a partir de la década de los sesenta, ha recurrido al dictado de “sentencias aditivas”,¹⁶⁹ en el marco de lo que se denomina la “ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haber sido previsto por la ley”.¹⁷⁰ En este sentido, y sobre la base de lo informado por Casavola, diremos que la aludida Corte ha recurrido en numerosas ocasiones al dictado de dichas sentencias (“aditivas”) que se expresan —ya desde el punto de vista terminológico— con una fórmula que indica que se “declara la inconstitucionalidad del artículo... en la parte en que no prevé (no contiene; no comprende; o excluye)...”.¹⁷¹

¹⁶⁸ Es decir, expidiéndose sobre “il senso e le finalità del riempimento della lacuna”, *cf.* Mortati, Costantino, *op. cit.*, p. 989.

¹⁶⁹ Por citar sólo un ejemplo de este tipo de sentencias, y siguiendo a Pizzorusso, traemos a colación la núm. 190, del 16 de diciembre de 1970, en la que se resolvió que la exclusión en que incurría el artículo 304 bis, apartado I, del Código de Procedimiento Penal (de cuyo texto se infería que el defensor del acusado no tenía derecho a asistir a los interrogatorios a que se sometía a su defendido) constituía una violación del artículo 24.2 de la Constitución, que garantiza los derechos de la defensa, por lo que declaró la ilegalidad constitucional de la norma citada en primer término, en la medida en la que “excluye el derecho del defensor del acusado a asistir a los interrogatorios”, y ha establecido, así, una norma que permite al defensor asistir a tal acto del proceso e impone a las autoridades que hagan lo necesario para que ello sea posible (Pizzorusso, Alessandro: “El Tribunal Constitucional italiano”, *op. cit.*, nota 160, p. 260).

¹⁷⁰ O sea, “l’illegitimità costituzionale della omessa previsione de qualcosa, che avrebbe dovuto essere prevista dalla legge”, Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 5a. ed., Italia, CEDAM, Padua, 1984, vol. II, p. 403.

¹⁷¹ “La labor del Tribunal Constitucional italiano durante el año 1993 (texto presentado en rueda de prensa por el presidente Casavola)”, en la sección “Crónicas y Documentación”

Apunta Pizzorusso que la oposición que se produjo contra dicho tipo de sentencias fue muy dura e inclusive llegó a traducirse, en ocasiones, en un rechazo por parte de los jueces ordinarios de aplicar la norma creada por la Corte; sin embargo, aclara el autor citado, que el Parlamento y el gobierno se preocuparon por traducir tales normas en textos legislativos, venciendo así las resistencias (inclusive las doctrinarias).¹⁷²

Puede decirse que dichas sentencias “aditivas” entrañan un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una ley, junto a las sentencias “derogatorias”, sólo que mientras en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación de voluntad *positiva* del legislador, con aquéllas la mentada eliminación se posa sobre una manifestación de voluntad *negativa* de éste, produciendo —como efecto inmediato— una nueva norma positiva en el plexo jurídico.

- 2) Para visualizar más claramente el problema anunciado en el párrafo anterior, traemos a colación aquí un interesante estudio de Romboli, quien ha precisado que la jurisprudencia constitucional italiana, con el objeto de escapar de la rígida alternativa entre las declaraciones de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, ha elaborado ciertos tipos de decisiones no presentes primigeniamente en el instrumental a su disposición ni deducibles de la letra de la ley.¹⁷³ Se refiere a las “decisiones manipulativas”, en las que el Tribunal procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de modo que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferentes del original.¹⁷⁴

Dichas “decisiones manipulativas” se distinguen, a su vez, en “decisiones aditivas” y “decisiones sustitutivas”. Las “aditivas” —como adelantábamos— hacen referencia a aquel tipo de resoluciones con las que

de *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, trad. de Remedio Sánchez Ferriz y Luis Jimena Quesada, España, Universidad de Valencia, 1994, núm. 7, p. 149.

¹⁷² Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 261.

¹⁷³ Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, trad. de Ignacio Torres Muro, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, p. 64.

¹⁷⁴ *Idem.*

la Corte declara inconstitucional una determinada disposición, en tanto y en cuanto deja de decir algo (esto es, “en la parte en la que no prevé que...”); mientras que las “sustitutivas” se caracterizan, por el contrario, por el hecho de que, con ellas, la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que prevé una determinada cosa en vez de prever otra.¹⁷⁵

Como nuevo modelo de decisión, por un lado, para superar la inactividad del Parlamento que a menudo ha desobedecido las admoniciones que le ha dirigido la Corte y, por el otro, no verse ésta obligada a resolver el proceso con una decisión de inadmisibilidad simple o manifiesta debido a la existencia de un espacio reservado a las opciones discrecionales del legislador, Romboli apunta que el Tribunal ha creado las “sentencias aditivas de principio”, que si bien siguen la misma técnica de las “aditivas”, difieren de éstas en cuanto no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable sino que fijan un principio general que debe ejecutarse mediante una intervención del legislador, pero al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de casos concretos.¹⁷⁶ Por tanto, el autor citado advierte en las “aditivas de principio”¹⁷⁷ una suerte de “colaboración entre la Corte, el Parlamento y los jueces”, cada uno de los que debe actuar en el ámbito de sus respectivas competencias.¹⁷⁸

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 65.

En tren de ilustrar tal tipología de decisiones con un ejemplo (nos referimos, específicamente a las “sustitutivas”), se ha aludido a la sentencia núm. 15, del 17 de febrero de 1969, de conformidad con la cual se declaró constitucionalmente ilegítimo el artículo 313, apartado 3, del Código Penal, en la medida en que confería la facultad de dar autorización para promover la acción de la justicia por el delito de ultraje al Tribunal Constitucional, “al ministro de Justicia, en lugar de dárselo al propio Tribunal Constitucional”, Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 261.

¹⁷⁶ Romboli, Roberto, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

¹⁷⁷ Acerca de las “sentencias aditivas de principio”, ya “no autoaplicativas”, ya “con eficacia dispositiva”, véanse los interesantes comentarios de Celotto, Alfonso, por ejemplo, “Le sentenze ‘additive di principio’ non autoapplicative: una tecnica decisoria ancora da perfezionare”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Roma, núm. 3, marzo de 1999, pp. 299-304 (en referencia a la sentencia de la Corte Constitucional núm. 417, del 23 de diciembre de 1998); “Una additiva di principio ad efficacia ‘dispositiva’”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Roma, núm. 6, junio de 1999, pp. 671-674 (en relación con la sentencia de la Corte Constitucional, núm. 61, del 5 de marzo de 1999).

¹⁷⁸ Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 75.

Cerri sostiene que las “aditivas de principio”, en sentido estricto, declaran la inconstitucionalidad de una norma en cuanto, al no prever alguna cosa, deja de observar un determinado principio constitucional; no obstante ello, dichas sentencias no precisan exhaustivamente cuáles son los necesarios elementos integrativos, pues tal precisión no es posible en tanto las “rimas” no son “obligadas”,¹⁷⁹ con lo que utiliza comparativa y figurativamente la ya famosa categorización de Crisafulli en torno a los pronunciamientos aditivos “*a rime obbligate*” (de “rima obligada”),¹⁸⁰ es decir, en los que la solución aditiva sea una extensión impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional.

Por último, y retornando a Romboli, éste puntualiza que un subtipo de las “sentencias aditivas de principio” son las “decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento”, ejemplificando su explicación con la sentencia núm. 243, del 19 de mayo de 1993, en la que la Corte declaró la ilegitimidad constitucional de las disposiciones impugnadas, remitiendo a la motivación en lo que concierne a los principios y plazos de la misma.¹⁸¹ Concretamente, la Corte fija en forma específica los principios a los que deberá atenerse el legislador al emanar la nueva regulación modificatoria y determina los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento.¹⁸²

179 Cerri, Augusto, *Corso di Giustizia Costituzionale*, 3a. ed., Milán, Giuffrè Editore, pp. 246-247.

180 Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, pp. 407 y ss.

181 Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 75.

Añade este autor que la Corte “fija específicamente los principios a los que deberá atenerse el legislador al dictar la nueva regulación modificatoria, siguiendo un modelo que parece en cierto modo recordar el de la fijación al gobierno de los ‘principios y criterios directores’ por parte de la ley de delegación, y establece también los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento (‘con ocasión de la próxima ley de acompañamiento a los presupuestos o de cualquier modo en la primera ocasión útil para establecer y formular opciones globales de la política presupuestaria’), amenazando, si esto no sucede, con la adopción de ‘decisiones adecuadas para aquella situación’”, *ibidem*, p. 76).

182 *Ibidem*, p. 76.

IV. ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

A todo evento, aun a riesgo de deslizarnos hacia cuestiones de perogrullo, hemos considerado útil recordar que el orden estadual argentino se encuentra diseñado sobre una estructura *federal*, lo que significa que las provincias que integran la nación conservan todo el poder no delegado constitucionalmente al gobierno federal. Además, son autónomas, condición que las faculta —*inter alia*— para dictar sus propias Constituciones y normas locales (y regirse por ellas), erigir sus instituciones, elegir a sus autoridades, administrarse por sí mismas.

Es así como el artículo 50. de la CN establece que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la ley fundamental nacional, debiendo asegurar su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria; condiciones, todas, bajo las cuales el gobierno federal garantiza a cada provincia el goce y el ejercicio de sus instituciones. Dicho precepto (que pertenece al texto constitucional histórico) debe empalmarse con el artículo 123, *idem*. (según la reforma de 1994), por el cual —además de los postulados del precitado artículo 50.— se impone a las provincias que, al dictar sus Constituciones, aseguren la autonomía municipal, reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

De todo ello surge, básicamente, la coexistencia de tres esferas u órdenes estaduales: el nacional, el provincial y el municipal.¹⁸³

La aclaración precedente receipta justificación por cuanto en el presente estudio se aludirá a la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en lo sucesivo: la Corte o la Corte Suprema), a la de los Tribunales provinciales y —entre otras cuestiones— a las experiencias del derecho público provincial comparado y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que, en orden a que tales acotaciones sean cabalmente comprendidas, nos urgía advertir la convergencia de la facultad que asiste a cada estado provincial de emanar su ley fundamental y de organizar su Poder Judicial y su sistema procesal.

183 Para Hernández, luego de la reforma constitucional de 1994 existen cuatro órdenes de gobierno en la Federación argentina: el federal; los de provincia; el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y los municipales autónomos, Hernández, Antonio María (h.): *Integración y globalización*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 38.

1. *Ámbito nacional*

Advertimos liminarmente que en el orden nacional argentino no existen normas expresas que consagren la competencia judicial para resolver las hipótesis de inconstitucionalidad por omisión.

Brevemente, permítasenos indicar que en el contexto federal el sistema de control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso, lo que significa que cualquier tribunal (de primera o segunda instancias o de la propia Corte de Justicia) puede proceder a declarar la inconstitucionalidad de una norma, declaración que producirá efectos *inter partes* y para el caso concreto en el que tal contralor viene ejercido.

Pasemos, entonces, al repertorio de casos que ofrecen alguna vinculación —directa o colateral— con la cuestión que nos convoca. Comenzaremos con los precedentes que confluyen en la creación de una jurisprudencia negatoria; posteriormente, continuaremos con los que pueden considerarse configurativos de un muestrario de jurisprudencia admisoria; y, por último, reseñaremos un conjunto de casos que presentan aristas interesantes o curiosas conectadas con omisiones de las autoridades públicas.

A. *Jurisprudencia negatoria*

a. “Loveira”

En la presente causa¹⁸⁴ (del 7 de diciembre de 1911), la Corte sostuvo que los artículos 24, 67 (actual 75) y 102 (hoy 118) de la Constitución nacional no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del “juicio por jurados”, así como el primero de los artículos nombrados, no le fijó términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus ramos (considerando 2o.).

Indicó, asimismo, que de los propios términos del artículo 102 (actual 118) surge que la creación del jurado no es obligatoria en capital federal (considerando 5o.). Por último, expresó que si el preindicado artículo 24 tuviera el alcance de hacer obligatorio el establecimiento del “juicio por jurados” para toda clase de delitos (de jurisdicción federal o local) habría de tenerse en cuenta lo manifestado en el considerando 2o. y los antece-

184 *Fallos* 115:92.

dentes de que la ley nac. núm. 483 sólo se refiere a los delitos de jurisdicción federal, aceptando implícitamente las organizaciones judiciales existentes en lo relativo a juicios criminales (considerando 6o.).¹⁸⁵

Como elemento ilustrativo, es de recordar que la plataforma fáctica de la cuestión era la siguiente: Loveira acusó al director de una publicación, don Eduardo T. Mulhall, por calumnias e injurias. Dicha acusación se planteó ante el juez del crimen de la capital federal. Mulhall opuso la excepción de falta de jurisdicción, sustentándose en que, de conformidad con los artículos 24, 32, 67, inciso 11 (hoy 75, inciso 12) y 102 (actual 118) de la Constitución nacional, sólo podía ser acusado ante el jurado. Tal excepción fue rechazada, ante lo cual se abrió la instancia extraordinaria planteada por el perdidoso.

b. “Ministerio Fiscal c/el Director del Diario
‘La Fronda’ s/desacato”

En la causa de mención¹⁸⁶ (fallada el 25 de julio de 1932), la Corte (mimetizándose con la voz del procurador general) mantuvo el criterio sustentado en sus precedentes y expuso que la Constitución nacional no impuso al Congreso el deber de proceder de inmediato al establecimiento del ‘juicio por jurados’, que debe conocer en las causas de delitos cometidos por medio de la prensa; por tanto, el Congreso —como legislatura local— ha podido conferir jurisdicción a los tribunales del fuero común de la capital federal, los que devienen competentes a ese efecto. Sucinatamente, recordamos que el acusado planteó la excepción de falta de jurisdicción, basada en que debió ser acusado ante el ‘juicio por jurado’; la que —rechazada en ambas instancias inferiores— desencadenó la presentación extraordinaria ante la Corte Suprema.

¹⁸⁵ En la misma fecha de “Loveira” (cuya carátula completa era: “Don Vicente Loveira contra don Eduardo T. Mulhall por injurias y calumnias s/competencia”), se dictaron idénticas resoluciones en los procesos seguidos por los señores Valentín Santa María y Ezequiel Ramos Mejía contra el señor Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias; realizándose sólo un breve agregado en el fallo recaído en el juicio propiciado por Ramos Mejía.

¹⁸⁶ *Fallos* 165:258.

c. “Tribuna demócrata”

En el expediente del epígrafe¹⁸⁷ (cuya sentencia fue expedida el 9 de junio de 1947), el Tribunal entendió que, no habiendo impuesto la Constitución nacional al Congreso la obligación de proceder de inmediato al establecimiento del ‘juicio por jurados’, aquél ha podido conferir a los tribunales de justicia de la capital federal competencia para conocer en los delitos de desacato¹⁸⁸ cometido por medio de los diarios.

d. “Regodesebes”

En “Regodesebes”¹⁸⁹ (sentencia emitida el 11 de febrero de 1957), la Corte dijo que ella no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la República.

Idéntico criterio dejo expuesto *in re* “Gismondi vda. de Mongiardino”¹⁹⁰ (del 11 de diciembre de 1959).

e. “Buosi, José”

- 1) Las instancias de mérito coincidieron en la denegatoria del amparo articulado por el actor, quien invocando la lesión de los artículos 14, 17 y 19 de la CN, alegaba ser arrendatario de un campo de 277 hectáreas (ubicado en la localidad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba) y que en el inventario de mejoras anexo al contrato, se le reconocía derecho al uso de una “aguada”; no obstante ello, dos personas cortaron los caños que proveían de agua al campo arrendado.

¹⁸⁷ Fallos 208:21.

¹⁸⁸ Ilustrativamente, recordamos que el delito de desacato fue derogado por el artículo 2o. de la Ley Nac. núm. 24.198. La extirpación de tal figura delictiva del sistema penal nacional (considerada incompatible con el artículo 13 de la CADH) obedeció al resultado de una de las condiciones pactadas entre un periodista y el gobierno argentino en el marco de una solución amistosa producida en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 11.012 de 1994).

¹⁸⁹ Fallos 237:24. La denominación íntegra de la causa es: “Manuel María Regodesebes c/Juana María Aresis de Contreras-Recurso de hecho”.

¹⁹⁰ Fallos 245:419. La carátula del proceso es: “Olimpia A. Gismondi de Mongiardino c/Silvia Dora Narbaitz-Desalojo”.

- 2) El actor, esgrimiendo la jurisprudencia de la Corte establecida en el caso “Kot” (*vid. infra*), interpuso el recurso extraordinario, el que —en definitiva— fue rechazado por el Tribunal (el 18 de junio de 1959),¹⁹¹ mas con distintos fundamentos por parte de sus integrantes.

Así, Orgaz sostuvo que el recurso de amparo, verdaderamente excepcional por su naturaleza y su fundamento, no puede ser utilizado cada vez que los contratantes discutan el alcance de un contrato; y que aquel recurso no actúa como una simple medida de no innovar, accesoria a una demanda judicial ya iniciada o que corresponda iniciar, para lo cual carecería dicho recurso de toda justificación.

Por su parte, Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte expresaron escuetamente que habida cuenta de la situación jurídica sobre la que versaban las actuaciones, el actor debió buscar la tutela jurisdiccional que pretendía, sujetándose a las disposiciones de forma prescriptas por las leyes locales, por lo que —reenviando a lo que tales ministros manifestaron *in re* “Kot”— entendieron que el remedio excepcional constituido por la demanda de amparo era improcedente.¹⁹²

Por último, en sustancioso voto y no obstante pronunciarse por la confirmatoria de la sentencia cuestionada, Boffi Boggero (quien no intervino en la decisión recaída en “Kot”) delineó algunas pautas —a nuestro juicio— trascendentes. En efecto, expuso que cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun, en situaciones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal que le pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto (remitiendo a *fallos* 242:300; 243:55 y 179, y los emitidos en “Gallardo, Antonio”, del 10 de diciembre de 1958 y “Artuso, José H.”, del 19 de los mismos mes y año —y otros—), porque lo contrario llevaría al desconocimiento de las autonomías provinciales en esa materia y al imperio de la inseguridad jurídica; pero si dichas normas no se han dictado, el derecho cuyo amparo se reclama no puede quedar indefenso, ya que es imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente (para lo que

¹⁹¹ *Fallos* 244:68.

¹⁹² Téngase presente que tales jueces votaron en disidencia en “Kot”, expidiéndose —contrariamente a la mayoría— por declarar improcedente el recurso extraordinario articulado por la parte actora.

reenvía a *fallos* 242:112), agregando que admitir tal solución so color de que el Poder Judicial legislaría o de otros fundamentos semejantes, sería incompatible con una de las funciones de la Corte: la del control jurisdiccional (para lo que remite a *fallos* 242:73 y a su voto en la causa: “Russo, Ángel y otra”, del 15 de mayo de 1959), y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica: la constitucional (entrecomillado del original).

f. “Antonio M. E. Ruiz y otros c/nación Argentina”

- 1) Un grupo de docentes articuló una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la nación para que cumpliera el mandato de la ley nac. núm. 14.473 (artículos 6o., inciso b, 38, 93 y concordantes), en lo referido a la fijación anual de los valores monetarios de los índices de remuneración. Entre otras apreciaciones, los accionantes sostenían que la omisión del Ejecutivo configuraba un acto lesivo susceptible del remedio excepcional del amparo (artículos 14, 14 bis, 17, 18, 28, 31 y 32 de la CN).

Tal pretensión fue acogida estimatoriamente en primera instancia, ordenándose al Poder Ejecutivo que dentro del plazo de quince días dispusiera lo conducente para la fijación y actualización de los índices de remuneración de los docentes y dicte las medidas necesarias para que la retribuciones que resulten se hagan efectivas a sus beneficiarios.

- 2) Articulado el recurso de apelación por el representante del Ministerio Público del Trabajo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia y desestimó la acción.
- 3) Llegada la causa por vía recursiva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta confirmó (el 23 de agosto de 1963) la sentencia desestimatoria,¹⁹³ sustentándose —*inter alia*— en que la mera petición de que se declare que el incumplimiento de la Ley núm. 14.473 viola ciertas garantías constitucionales y que corresponde ordenar determinados actos a los ministerios de educación y de economía, no es susceptible de debate judicial, ya que de la sola prescindencia de efectos jurídicos de la actividad estatal (en el

caso, la inactividad) no se llega a condenación alguna a favor de los actores sino y solamente a una declaración respecto de su alegado derecho (considerando 4o.).

Concretamente, y con tal argumentación, la Corte pretendía hacer aplicación de la jurisprudencia con arreglo a la cual el contenido de una causa de inconstitucionalidad no podía ser la sola declaración de ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes, sino que, además, se requería que como consecuencia de ella, se llegase a dictar una sentencia de condena, o sea, que reconozca a favor del actor un derecho concreto, a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas; conclusión que —sostiene— debe admitirse respecto de la inactividad ejecutiva impugnada de inconstitucionalidad, porque —evoca— es principio que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte a sustituir a los otros poderes del gobierno en su función (*cf.* *fallos* 237:24; 238:488; 239:260; 245:419) —véanse considerandos 2o. y 3o.—.

g. “Costa c/Municipalidad de la Capital”

El actor inicia una acción resarcitoria, a raíz de publicaciones periódicas en las que se le atribuyera vinculación con hechos delictivos inexistentes. La sentencia de segunda instancia —revocando parcialmente la resolución del juez de grado—, hizo lugar a la pretensión: admitió la responsabilidad civil, condenó a varios de los codemandados a la indemnización del daño moral e impuso la obligación accesorio de publicar la sentencia.

Dos de los condenados (Diario ‘La Razón’ y ‘Editorial Atlántida’) interpusieron sendos recursos extraordinarios que, al ser denegados, motivaron la queja de su parte y la radicación de los autos ante la Corte.

En el contexto de lo que aquí interesa (aplicación del derecho de réplica aun sin ley interna del Congreso), la Corte dijo, en su fallo de 12 de marzo de 1987:¹⁹⁴

Que... a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultaba procedente la reparación de los daños causados (artículos 1089 y 1090 del Código Civil),¹⁹⁵ *toda vez que el ‘derecho de réplica o rectificación’ con-*

194 *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1987-II, pp. 142-152.

195 El artículo 1089, CC dispone: “Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier

sagrado en la Convención sobre Derechos Humanos — Pacto de San José de Costa Rica— aprobado por la ley 23.054 no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno (artículo 2o.); sin que exista obstáculo alguno de orden interpretativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el artículo 1071 bis, CC,¹⁹⁶ que permite como forma de reparación no excluyente la publicación de la sentencia; conclusión particularmente válida en el caso, puesto que la figura penal análoga consagra también esta forma de tutela (artículo 114, CP.)¹⁹⁷ (el sobremarcado es nuestro) (considerando 16 de la mayoría).

Es decir que, no obstante reconocer que el derecho de réplica había sido consagrado por un pacto internacional (y “aprobado por la ley 23.054”), entendió que aquél no podía ser aplicado en virtud de la omisión de su reglamentación legal, situación que impedía el ingreso de la figura al “derecho positivo interno”. Por ende, la Corte se vio “obligada” a buscar un sucedáneo para conferir suficiente resguardo a los (violados) derechos del actor.

especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación”; y el artículo 1090, *ibidem*, establece: “Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere...”.

¹⁹⁶ El mencionado artículo prescribe: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

¹⁹⁷ Dicha norma prevé: “Cuando la injuria o calumnia se hubiere propalado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción”.

h. “Sánchez Abelenda c/Ediciones de la Urraca”

El demandante —se trataba de un religioso— instauró acción de amparo contra ‘Ediciones de La Urraca S. A.’ —editora de la revista ‘El Periodista de Buenos Aires’— y contra el director de la publicación, persiguiendo se los condenara a editar en la tapa y en la ‘sección política’ de aquélla, la rectificación de una noticia —inexacta, a su juicio— aparecida en el núm. 62, que lo vinculaba con un cierto complot y consignaba que Sánchez Abelenda había sido citado a declarar respecto del mismo.

Básicamente, su reclamo se asentaba en que el derecho de réplica es una garantía constitucional implícita, no siendo escollo —para su vigencia— la falta de reglamentación legal.

En primera y segunda instancias, se acogió estimatoriamente el pedido del actor. Ante tal situación, los demandados interpusieron recurso extraordinario, el que —al haber sido denegado— motivó el recurso de hecho ante la Corte.

El fallo del Supremo Tribunal, dictado el 1o. de diciembre de 1988, hizo lugar a la queja, declaró la procedencia del remedio federal y revocó el fallo puesto en crisis.

En lo que atañe al objeto de este análisis, la Corte dijo:¹⁹⁸

Que si bien es cierto que el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054 —Pacto de San José de Costa Rica— establece que: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”, esta Corte ya se ha pronunciado respecto de que la ausencia de reglamentación legal impide tenerlo como derecho positivo interno (considerando 7o. de la mayoría).

Que... reconocer un derecho a réplica en favor del actor, basado en el artículo 33, CN, significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la ley fundamental, dejando, así, en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención (considerando 11, primera parte, de la mayoría).

Que en el *sub examine* no se trata de juzgar si el derecho de réplica es o no compatible con la Constitución nacional, sino de un problema distinto, cual es el de apreciar si aquél está comprendido en las garantías no enumeradas a que alude el artículo 33. La conclusión negativa para nada prejuzga lo concerniente a la compatibilidad con la Constitución de las normas legales que eventualmente se dictaran en cumplimiento del artículo 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica (considerando 12 de la mayoría).

Sintéticamente, quedó claro que la Corte no sólo entendía que el derecho de réplica no integraba el orden jurídico-positivo interno argentino (omisión legislativa mediante),¹⁹⁹ sino que aquel derecho tampoco fluía del artículo constitucional 33 de la CN;²⁰⁰ por lo que, rechazó el amparo interpuesto por Sánchez Abelenda.

i. “Ekmekdjian c/Neustadt”

Ambas instancias ordinarias habían resultado adversas a la pretensión del actor —canalizada a través del amparo—, quien buscaba obtener un espacio para ejercer su réplica respecto de las consideraciones vertidas por el doctor Arturo Frondizi —*ex* presidente de la nación—, en el programa televisivo ‘Tiempo Nuevo’ —producido por los señores B. Neustadt y M. Grondona—.

Frente a tal situación, el demandante dedujo recurso extraordinario —que fue concedido—, basando su crítica —sintéticamente— en que: el derecho de réplica es el efectivo ejercicio de la libertad de prensa para el ciudadano común, la que no debe quedar reservada a personas o empresas propietarias de medios de comunicación; el Pacto de San José de Costa Rica es operativo; el derecho de réplica se fundamenta en el artículo 33 de la CN y que es indiferente el hecho de no haber sido atacado directamente un derecho personalísimo del actor, pues de lo que se trata es de proteger intereses difusos.

199 Reiterando —en el particular— la doctrina sentada *in re* “Costa, Héctor R. c/municipalidad de la capital y otros”.

200 El señalado artículo 33 de la CN dice a la letra: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La Corte pronunció su fallo el 1o. de diciembre de 1988,²⁰¹ sosteniendo lo siguiente:

Que la importancia fundamental que la libertad de prensa posee para nuestro sistema democrático de gobierno, sumada a la necesidad de respetar celosamente el principio de legalidad previsto en el artículo 19,²⁰² determina que toda restricción de aquélla debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo (considerando 4o. de la mayoría).

Tal afirmación (relativa a que no puede aceptarse que el derecho de réplica se base en el artículo 33 de la CN, dado el carácter amplio e indefinido que posee el citado derecho) se ve ampliamente corroborada si se tiene en cuenta las dispares definiciones que se han dado del citado instituto. Así, mientras algunos —como el apelante— lo consideran como un medio destinado a impedir el monopolio de los medios de difusión por parte de intereses económicos carentes de representatividad, otros sostienen que su objetivo principal es el de reparar las ofensas dirigidas al honor de personas determinadas (considerando 5o. de la mayoría).

Que... esa falta de un criterio unívoco sobre los alcances del derecho invocado y la consecuente inexistencia a su respecto de pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente,... impide, además de los argumentos ya señalados, tener a aquél como incorporado implícitamente a nuestro derecho positivo (primera parte del considerando 6o. de la mayoría).

Descartado que el derecho *sub examine* pueda considerárselo como una de las garantías comprendidas en el artículo 33, CN... no puede encontrarse operatividad directa a tal derecho en el marco del citado pacto (se refiere al de San José de Costa Rica) —que integra el derecho argentino— pues aquél lo remite a “las condiciones que establezca la ley” (artículo 14.1.), de manera que mientras tal ley no sea dictada no podrá adquirir operatividad. En tanto ello no ocurra —cuestión ésta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales—, rige el principio de reserva consagrado por el artículo 19, CN, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (parte *in fine* del considerando 4o. del voto de Belluscio).

201 *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1989, t. II, pp. 383-385.

202 El aludido artículo 19 de la CN, expresa: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Surge con claridad que la Corte reitera sus fallos anteriores, envolviendo argumentalmente su decisión en las siguientes pautas: el derecho de réplica no integra el orden jurídico-positivo interno (ni lo integrará si no media una ley que lo vehicule endógenamente);²⁰³ tal derecho tampoco puede inferirse de la cláusula constitucional que —genéricamente— se refiere a los derechos implícitos; la operatividad que otorgue fuerza a la réplica no podrá ser ejercida desde el Poder Judicial, pues se trata de una cuestión de política legislativa, ajena a la competencia de los órganos jurisdiccionales.

j. “Eulogio Frites y otra c/Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto—”²⁰⁴

En breves palabras, los presentantes (Eulogio Frites y América Angélica Aleman de Barrera) “en nombre de los pueblos indígenas, sus organizaciones y comunidades” interpusieron una acción de amparo solicitando se fijara un plazo al Poder Ejecutivo nacional para enviar los documentos de depósito de ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, que había sido aprobado por el Congreso argentino por medio de la ley nac. núm. 24.071. Tal petición fue acogida en primera instancia, aunque con alcance diverso de la pretensión actora, lo que motivó que ambas partes (accionante y demandada) apelaran, obteniendo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal la revocación de dicho pronunciamiento y la declaración de improcedencia de la acción. Contra tal sentencia, los actores interpusieron el recurso extraordinario, cuya desestimación originó la queja.

La causa fue resuelta el 4 de diciembre de 1995.²⁰⁵ La mayoría del Tribunal (integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt,

²⁰³ Considerandos 3o. de la mayoría y 4o. de Belluscio.

²⁰⁴ Para ampliar respecto del devenir jurisprudencial de la “cuestión indígena” en Argentina, véase Bazán, Víctor, “La nueva cláusula constitucional argentina sobre derechos indígenas: proyecciones de la cuestión en los ámbitos interno e internacional”, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Mesa 1 (“Los derechos fundamentales y el Estado: minorías, grupos étnicos, infancia, tercera edad, derecho al esparcimiento y al deporte, protección del consumidor, protección del ambiente, derecho a la información”), México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 12-15 de febrero de 2002.

²⁰⁵ *Fallos* 318:2513.

Belluscio, Petracchi, Levene (h.) y Bossert) declaró inadmisibile, en los términos del artículo 280²⁰⁶ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el recurso extraordinario cuya denegación motivara el recurso de hecho.

De tal criterio se separó Boggiano, quien en su disidencia mocionó hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, pero confirmar la sentencia apelada. Se sustentaba en que la ratificación de un tratado es indudablemente un acto internacional vinculante para el Estado y distinto de la aprobación por el Poder Legislativo, la que sólo implica autorizar al Ejecutivo a ratificar el tratado en sede internacional, por lo que la participación del Congreso, aunque necesaria, no es definitiva. Por tanto, sostuvo que es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance del artículo 75, inciso 22, de la CN, es decir, con primacía sobre las leyes.

k. “Felicetti, Roberto y otros”

- 1) No deseábamos omitir al menos una reflexión muy sintética a lo resuelto por la Corte en el caso “Felicetti”,²⁰⁷ del 21 de diciembre de 2000, causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copiamiento de ‘La Tablada’.

Debemos reconocer que la cuestión se enmarca en un complejo cuadro jurídico-fáctico de situación.

En efecto, sintéticamente presentada, la historia cuenta que el lunes 23 de enero de 1989 un grupo de militantes del “Movimiento Todos por la Patria” (MTP) ingresó al Regimiento de Infantería III situado por entonces en la localidad de La Tablada (Provincia de Buenos Aires), alegando que —con ello— pretendían evitar un presunto golpe de Estado a manos de militares “carapintadas”. La acción duró 24 horas, lapso en el que murieron veintiocho incursores y once integrantes de las fuerzas de seguridad.

²⁰⁶ Norma que, en la porción que aquí interesa (parte *in fine* del párrafo 1o.), faculta a la Corte —según su sana discreción, y con la sola invocación de la norma en cuestión— a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

²⁰⁷ Véase el texto completo del fallo en *La ley* del 7 de marzo de 2001, Buenos Aires, pp. 6-11.

El 5 de octubre de 1989, y en única instancia, la Cámara federal de San Martín (Provincia de Buenos Aires) expidió la sentencia condenatoria, aplicando la denominada “ley de defensa de la democracia” (núm. 23.077), aunque ya regía en el país la CADH (aprobada por Ley núm. 23.054), cuyo artículo 8.2.h reconoce a todo condenado el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Tal situación provocó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitiera dos recomendaciones: la primera, en el informe 55/1997 (caso 11.137, ‘Abella, Juan C.’) y, la segunda, el 11 de diciembre de 2000, urgiendo la aplicación de la precitada norma de la Convención.²⁰⁸

En 2000, la Cámara Federal de San Martín concedió a los condenados el recurso de revisión (establecido en el artículo 479 del Código Procesal Penal de la Nación) ante la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II), la que rechazó el recurso aduciendo que el mismo no se hallaba legalmente previsto para impugnar la condena y que, además, al momento en que se dictó dicho fallo la propia Cámara Nacional de Casación Penal aún no existía.

Los condenados omitieron deducir recurso extraordinario federal contra el pronunciamiento desestimatorio de la Cámara Nacional de Casación Penal, aunque sí lo hizo el Estado nacional por medio del procurador del Tesoro, cuya presentación fue declarada inadmisibles, dando lugar, así, a la articulación del respectivo recurso directo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- 2) Presentada la cuestión con las breves palabras precedentes, es claro que su examen *in extenso* excedería los alcances de este trabajo. Sólo permítasenos decir que la Corte (al influjo del voto mayoritario) perdió una oportunidad sumamente valiosa para sortear (corrigiendo) una omisión inconstitucional del Congreso de la Nación o del Poder Ejecutivo (además de desandar parte del provechoso camino abierto en “Giroldi”²⁰⁹ —*fallos* 318:514—), pues bien

²⁰⁸ Entre los diversos aspectos abordados por las recomendaciones formuladas al Estado argentino por la Comisión, en cuanto a lo que aquí interesa, expresó: “Que en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2o. y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077”.

²⁰⁹ Sentencia del 7 de abril de 1995, en la que la Corte afirmó que la expresión *en las*

pudo, a través de una adecuada interpretación del artículo 2o. de la CADH y por medio de una de las *medidas de otro carácter* a que dicha norma alude (categorización en la que quedan incuestionablemente subsumidas las sentencias judiciales), expedir una resolución que garantizara la existencia de un recurso jurisdiccional para operativizar el derecho que, con algún matiz lingüístico diferencial, prefiguran los artículos 8.2. h de la CADH. y 14.5 del PIDCP (doble instancia); instrumentos internacionales que, no obstante el perogrullo, comparten con la propia Constitución Nacional el sector más elevado de la pirámide (¿trapezio?)²¹⁰ normativa/o federal.

condiciones de su vigencia bajo la que adquiere jerarquía constitucional la CADH (*cf.* artículo 75, inciso 22, 2o., párrafo, de la CN), significa el modo como ella rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (*cf.* artículos 75 de la CN, 62 y 64 de la CADH y 2o. de la LN, núm. 23.054) —considerandos 11 y 5o.—.

Sobre el particular, véase para ampliar, Bazán, Víctor: “Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con particular énfasis en el efecto de aquellas respecto de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, Chile, Universidad de Talca, año 6, núm. 2, 2000, pp. 171-225; y del mismo autor: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la OC-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el libro colectivo dirigido por Germán J. Bidart Campos y Calógero Pizzolo (h.): *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, t. I.

²¹⁰ Nos permitimos tal gráfica licencia en virtud de que —como se anunciara— la Constitución argentina, reforma de 1994 mediante, ha adjudicado ‘jerarquía constitucional’ a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2o.) y a los que en el futuro recepen tal valía. Aclara la norma en cita que tal dotación jerárquica es en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales, además de consignar que éstos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los instrumentos enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2o. son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del

Además, y como con acierto afirma Sagüés, la vía judicial surge como un camino posible para salvar la inconstitucionalidad por omisión, en tanto corresponde a los jueces (en un sistema institucional como el argentino) actuar como custodios de la ley fundamental y controlar las inconstitucionalidades, aun omisivas, lo que no importa exclusivamente un derecho para los magistrados, sino un deber institucional.²¹¹ En el concreto caso de autos, según el autor citado, el operativo consistía en “habilitar una escalera procesal para cumplir con un pacto internacional de urgente satisfacción y clara definición jurídica, y el uso analógico de un recurso preexistente (el de revisión), se vislumbraba como una respuesta jurídica aceptable, dentro de las diferentes alternativas que brinda un proceso de integración de la norma legal faltante”.²¹²

- 3) El voto mayoritario, respecto del que puede computarse en la columna del “haber” el hecho de no haber declarado liminarmente inadmisibles la intervención del procurador del Tesoro de la nación al articular la queja frente a la denegatoria de su recurso extraordinario federal, quedó —no obstante ello— sumergido en las redes del formalismo dialéctico y se vio superado por las agudas disidencias planteadas en sendos votos de Petracchi, Bossert, Boggiano y Fayt, mociones estas últimas que confluyeron en la declaración de procedencia del recurso extraordinario y en la consecuente revocación de la sentencia emitida por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que —como anunciábamos— rechazó el recurso de revisión de las condenas impuestas por la Cámara Federal

Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño. A dicha lista se ha adicionado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24a. Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994, en Belem do Pará, Brasil. Tal Convención fue aprobada por la LN, núm. 24.556 (BO del 18 de octubre de 1995), dispensándosele jerarquía constitucional por conducto de la LN núm. 24.820 (BO del 29 de mayo de 1997).

²¹¹ Sagüés, Néstor P., “Caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 1292.

²¹² *Idem*.

de San Martín a los actores (señores F., A., M., M., P., F., A., R., V., J. S. R., M., D., L. D. R., P., M., F., G.A., C., B. y A.), bajo el imperio del artículo 87 de la Ley núm. 23.077, que —en la práctica— veda la probabilidad de recurrir ante el precitado tribunal casatorio —tópico que aloja el núcleo del punto sometido a la elucidación de la Corte—.

Retomando el voto en disidencia de Fayt, este magistrado (luego de dejar en claro la relevancia institucional de la cuestión sobre la que correspondía a la Corte pronunciarse, pero antes de expedirse por la necesidad de admitir la procedencia formal del recurso de revisión articulado, aun cuando el planteo no pudiera quedar absorbido en alguno de los supuestos del artículo 479 del Código Procesal Penal de la nación), resaltó de manera inobjetable —a nuestro juicio— que la interpretación que propiciaba tendía “a hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables *omisiones legislativas*”, lo que se inscribe en el marco del ejercicio “de la función esencial del tribunal, como garante de los derechos y garantías constitucionales, por sobre las limitaciones que impiden su cabal vigencia” (énfasis agregado).²¹³

Cabe finalizar manifestando que, a pesar de las notables discrepancias de los magistrados premencionados (de las que, en homenaje a la brevedad de esta glosa, sólo hemos compendiado brevemente la de Fayt), la mayoría de la Corte (conformada por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez), resolvió rechazar la presentación directa sobre la base de estimar que la admisión de la petición formulada “constituiría la transgresión de un principio de raigambre constitucional, cual es el de la cosa juzgada, pilar fundamental sobre el que se asienta la seguridad jurídica” —considerando 15—.

Sin perjuicio de que en las líneas previas hayamos centrado el análisis en los pliegues vinculados con la inconstitucionalidad por omisión, no deseábamos finalizar este señalamiento sin mencionar que el fallo (siempre en lo que al voto en mayoría concierne) poco aporta en favor de la consolidación de la vigencia de los derechos humanos, al recurrir a los principios de división de poderes (pues en el considerando 12 de la moción mayoritaria se sostiene la imposibilidad de que la Corte instaure una instan-

²¹³ Las referencias textualmente transcritas del voto de Fayt corresponden a la parte *in fine* del considerando 5o. de su voto disidente.

cia revisora diferente —lo que sí podría hacer el Congreso— dado que “la misión más delicada de la función jurisdiccional de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado”) o de la cosa juzgada a pesar de la norma convencional internacional que recepta la segunda instancia penal.²¹⁴

B. *Jurisprudencia admisoria*

a. Un importante capítulo en el curso de la secuencia jurisprudencial de la Corte: los hitos de “Siri” y “Kot”.

1) “Siri, Ángel”

- A. El actor se presentó en primera instancia (Juzgado en lo Penal núm. 3 de la Ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires) manifestando que el diario “Mercedes”, que dirigía y administraba, continuaba clausurado (con custodia policial en el local del mismo) desde comienzos de 1956, lo que vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo consagrada por los artículos 14, 17 y 18 de la CN y 9o., 11, 13, 14, 23 y demás de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. El peticionante solicitó se requiriera informe de la autoridad policial y se proveyera lo correspondiente conforme a derecho y de acuerdo con las citadas cláusulas constitucionales.

El juez interviniente requirió sucesivamente diversos informes a autoridades en grado creciente de jerarquía. Comenzó con el comisario de policía del artido de Mercedes, quien brindó una información no muy específica sobre los motivos de la clausura del diario; continuó con el jefe de policía provincial, luego con el de la Comisión Investigadora Nacional y con el Ministerio de Gobierno de la Provincia, todos los cuales manifestaron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la dispuso. Ante ello, el actor reiteró su petición, frente a lo cual el juez resolvió desestimarla en razón de no tratarse de un “recurso de *habeas*

²¹⁴ Véase al respecto, Albanese, Susana, “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana”, *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 514.

corpus”, el que sólo protege la libertad física o corporal de las personas²¹⁵ (artículo 33 de la CN).

El solicitante articuló revocatoria con apelación en subsidio, ante lo cual el magistrado ordenó requerir nuevo informe al comisario de policía sobre si el local aún continuaba con custodia policial, respondiéndose que desde el 29 de abril “fue dejada sin efecto la consigna y se vigila el local mediante recorridas que efectúa el personal de servicio de calle”, a mérito de lo cual el juez rechazó la revocatoria por entender que “carece de actualidad y fundamento el presente recurso de amparo, ya que no existe restricción alguna que afecte al recurrente”, al tiempo que concedió el de apelación, que fue rechazado por la Cámara de Apelación en lo Penal de Mercedes, confirmando la decisión en recurso.

- B) Deducido el recurso extraordinario, y a través de un fallo señero y paradigmático, la Corte —por mayoría—²¹⁶ se expidió el 27 de diciembre de 1957,²¹⁷ revocando la sentencia de la Cámara.

El Alto Tribunal recabó nuevo informe en el que corroboró la subsistencia de la clausura; además, dejó en claro que no existía constancia cierta de cuál fue la autoridad que dispuso tal medida ni tampoco los motivos determinantes de la misma.

Por otra parte, consideró que en sus diversos escritos el compareciente no mencionó que articulaba un recurso de *habeas corpus*, por lo que resultaba erróneo el único fundamento de la sentencia denegatoria; asimis-

²¹⁵ Naturalmente, ese concepto restringido del ámbito de operatividad del *habeas corpus*, quedó superado por el despliegue posterior de la propia jurisprudencia, además del dictado de la Ley nac. núm. 23.098 de 1984, y de la reforma constitucional de 1994 (que “constitucionalizó” en forma explícita la acción de *habeas corpus* adjudicándole un amplio radio de acción en el artículo 43, 4o. párrafo).

²¹⁶ La mayoría estuvo compuesta por Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso. Por su parte, Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al procurador general en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción, la que proviene de la ley; agregando que si aun fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba “extremo”, indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados.

²¹⁷ Fallos 239:459.

mo, la Corte advirtió que el peticionante invocó la garantía de libertad de imprenta y de trabajo asegurada constitucionalmente, la que en la causa se hallaba evidentemente restringida sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique, circunstancia que bastaba para que la garantía constitucional invocada fuera restablecida, adunando (tal como adelantáramos en la parte introductoria de este ensayo) que ello así,

sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Citando a Joaquín V. González, el Tribunal añadió que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la nación.²¹⁸

Se apartaba, así, de la línea jurisprudencial seguida hasta entonces (con distinta composición) por la que se relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (*fallos* 168:15; 169:103 y posteriores).

Con aguda elocuencia, finalizaba su señero pronunciamiento con una observación (que ostenta actualidad a varias décadas de haber sido proferida) en la que acotaba que “los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

Quedaba, de tal modo, creado pretorianamente el amparo contra actos de autoridad pública, luego de que la Corte —por décadas— negara la existencia del mismo porque el legislador no había instituido tal tipología de procesos.

218 González, Joaquín V., “Manual de la Constitución argentina”, *Obras completas*, Buenos Aires, 1935, vol. III, núms. 82, 89 y 90, citado concretamente en *fallos* 239:463.

2) “SRL Samuel Kot”

- A) En autos se ventilaba una cuestión que involucraba un conflicto colectivo de trabajo y la ocupación de una fábrica por los obreros que en ella laboraban, circunstancia esta última que condujo al socio gerente de la empresa a formular denuncia por usurpación ante la autoridad policial. El juez en lo criminal interviniente sobreseyó definitivamente en la causa y desestimó el pedido de desocupación del local. Apelada la resolución, ésta fue confirmada en segunda instancia generando la articulación de un recurso extraordinario ante la Corte, que fue desestimado el 5 de setiembre de 1958.

El mismo día de la sentencia de la Cámara, pero antes de dictarse la misma, el apoderado de la empresa se presentó ante tal órgano jurisdiccional y dedujo “recurso de amparo”, para obtener la desocupación del inmueble, invocando —en sustento de su pedido— la sentencia recaída en “Siri”, las garantías contenidas en los artículos 14 (“libertad de trabajo”), 17 (“propiedad”) y 19 (“libre actividad”) de la CN. Ese mismo día la Cámara desechó el recurso planteado fundándose en que “el recurso de *habeas corpus*... tiene por objeto esencial la protección de la libertad personal o corporal y no puede hacerse extensivo a la protección de otros derechos que se pretenden vulnerados”, los que deben ejercitarse de acuerdo con los respectivos ordenamientos creados por las leyes de la materia.

- B) En contra de tal resolutorio, el interesado articuló recurso extraordinario, que fue dirimido estimatoriamente por la mayoría²¹⁹ de la Corte Federal,²²⁰ el 5 de setiembre de 1958.

En primer lugar, el Tribunal estimó pertinente apartar el fundamento expresado por el *a quo* para desechar la pretensión del interesado, ya que éste

219 La mayoría quedó compuesta por Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela. En minoría, sufragaron Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la doctrina del caso “Siri” no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en “Kot”.

220 Fallos 241:291.

no dedujo recurso de *habeas corpus*, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del *habeas corpus*, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución.

Apoyándose en lo resuelto en “Siri”, dijo la Corte que si bien en este caso la restricción ilegítima provenía de autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no resultaba esencial a los fines de la protección constitucional, ya que —admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (artículo 33 de la CN)—, ninguna reserva cabe establecer para excluir en absoluto y *a priori* toda restricción emanada de personas privadas.

Gráficamente sostuvo que nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos humanos esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad; y nada hay, tampoco, que autorice a afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de adecuada protección constitucional, que es la del *habeas corpus* y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos.

En línea con lo anterior, precisó que la misma amplitud con que correspondía interpretar al *habeas corpus*, cabía reconocer en el amparo, que en “Siri” había sido extraído de la sabia norma del artículo constitucional 33; además, dejó en claro que sin la existencia de una reserva que, expresa o implícitamente, emanara de los preceptos constitucionales e impusiera una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consultaba los grandes objetivos de la ley suprema y las genuinas finalidades de dichas garantías.

Asimismo, y a nuestro juicio apodóticamente, reenvió —para apoyar sus conclusiones— al artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en cuanto al derecho que asiste a toda persona de contar con un “recurso efectivo”.

En función de lo expuesto —entre otras interesantes apreciaciones— la Corte, por mayoría, revocó la sentencia apelada, hizo lugar al recurso de amparo, ordenó librar oficio a la autoridad policial a fin de que procediera

de inmediato a entregar el establecimiento textil (libre de todo ocupante) al representante de la sociedad actora.

Veía la luz, de tal modo, el amparo contra actos de particulares, que había sido gestado en el vientre judicial aun cuando se declarara que el mismo se extraía del artículo 33 como derecho o garantía no enumerado.

b. “Pérez de Smith, Ana María y otros s/efectiva privación de justicia”

- 1) Varios presentantes y letrados denunciaron ante la Corte la desaparición de más de cuatrocientas personas respecto de las cuales se habrían iniciado acciones de *habeas corpus*, habiendo las autoridades contestado que aquéllas no se encontraban registradas como detenidas, por lo que los peticionantes solicitaron distintas medidas y decisiones.
- 2) El Tribunal, en resolutorio del 18 de abril de 1977,²²¹ se entregó —en primer lugar— a dilucidar si resultaba o no competente para entender en la cuestión que se sometía a su conocimiento, concluyendo que era incompetente para conocer del caso en la forma que le había sido propuesto; “todo ello sin perjuicio de adoptar las decisiones que correspondan si la cuestión llega a sus estrados por cualquier vía capaz de abrir su competencia” (considerando 5o.).

No obstante ello, estimó que si —tal como denunciaban los presentantes— fuesen numerosos los “recursos de *habeas corpus*” en los que las autoridades habrían contestado que las personas a las que se referían no estaban registradas como detenidas, podría configurarse una situación que, de hecho, equivaldría a una “efectiva privación de justicia”, por causas totalmente ajenas a las funciones y competencia específicas de los magistrados, a cuyo alcance no está remediar dicha situación (considerando 6o.).

Ante ello, y luego de aclarar que es principio inconcuso del sistema republicano la separación, pero también el equilibrio armónico de los poderes en orden a lograr la plenitud del Estado de derecho, puso en ejercicio sus ‘poderes implícitos’²²² (lo que calificaba su “deber”) para la

²²¹ Fallos 297:338.

²²² Un ministro de la Corte argentina (en rol de doctrinario) ha definido la expresión “poderes implícitos”, diciendo que manifiesta la idea de facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del

salvaguarda de la eficacia de la función judicial, principalmente cuando se refiere a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, para lo cual decidió dirigirse al Poder Ejecutivo nacional a fin de “encarecerle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentren registradas como detenidas, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual y sobre las eventuales responsabilidades en caso de delito” (*idem.*, considerando).

c. “Zamorano, Carlos Mariano”

- 1) En autos se ventilaba el recurso extraordinario deducido por el procurador fiscal de Cámara contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-administrativo, Sala Penal, que hizo lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta a favor del señor Zamorano. El impugnante cuestionaba la jurisdicción de la Cámara al entender que el juez competente era el del lugar en el cual se encontraba la persona a cuyo favor se intentaba el *habeas corpus* al momento de la interposición de éste. Además, y ya en cuanto al fondo de la cuestión, esgrimía que la declaración de estado de sitio constituye un acto político no justiciable, por lo que la Cámara —al interpretar el artículo 23 de la CN— limita las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo.
- 2) La Corte, cuyo fallo fue pronunciado el 9 de agosto de 1977,²²³ si bien admitió que (conforme su doctrina judicial) la declaración de estado de sitio por las causales del artículo 23 de la CN, en tanto cuestión política, no es susceptible de revisión por los jueces, sí

cumplimiento de las funciones estatales; dichas facultades están imbricadas a las explícitas, para la plena y efectiva realización de los fines que deben cumplir los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, esto es, facultades de autorregulación y autoadministración necesarias para su funcionamiento como órganos axiales del Estado, *cf.* Fayt, Carlos S., *Nuevas fronteras del derecho constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 189.

²²³ Fallos 298:441.

está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales; control de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre las restricciones impuestas y los motivos de la excepción que “es un deber del Poder Judicial, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales” (considerando 5o.).

Por su parte, y reenviando a “Pérez de Smith” (del 18 de abril de 1977 —véase *supra*—), reivindicó —como principio inconcuso del régimen republicano— la separación pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del Estado de derecho, para salvaguardar la eficacia de la función judicial, principalmente en lo referido a la protección de los derechos y garantías consagrados en la CN; razón por la cual el Poder Ejecutivo “debía proveer lo necesario a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual” (considerando 7o.).

Sobre la base de lo expresado, el Alto Tribunal estimó que el Ministerio del Interior “debió” contestar los requerimientos efectuados por el juez y la Cámara y, no habiéndolo realizado,²²⁴ correspondía se informara sobre dichos requerimientos (considerando 8o.), para lo cual ordenó oficiar al presidente de la nación a fin de que impartiera las órdenes necesarias para que se informe “con urgencia” a la Corte acerca de aquéllos.

d. “Pérez de Smith, Ana María y otros s/pedido”

- 1) En causa sustancialmente idéntica a la homónima relatada precedentemente, el Tribunal reiteró (el 21 de diciembre de 1978)²²⁵ el óbice legal que le impedía entrar al conocimiento de las situacio-

224 Cabe recordar que, según lo afirmara la propia Corte, las informaciones brindadas en la causa por el Ministerio del Interior fueron insuficientes, en tanto genéricas e imprecisas, y, por tanto, no válidas para la justificación del ejercicio de los poderes constitucionales del Poder Ejecutivo; tampoco lo eran para que el Tribunal pudiera ejercer el control de razonabilidad que debe determinar, por lo menos, la pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio (considerando 6o.).

225 Fallos 300:1282.

nes particulares que se le proponían en dicha presentación directa, es decir, su incompetencia (considerando 1o.).

Evocó, asimismo, que no obstante su incompetencia, en la causa anterior de igual denominación (y ante la eventual configuración de una “efectiva privación de justicia”) había encarecido al Ejecutivo la intensificación de la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denunciaba (considerando 2o.).

Ya en el contexto de la petición concreta sometida a su conocimiento (en la nueva causa) se agregaron abundantes constancias emanadas de diversos tribunales, de las que resultaba que los magistrados actuantes se vieron obligados a rechazar los “recursos de *habeas corpus*” en razón de que las autoridades pertinentes habían informado, sin más, que las personas en cuyo favor se interpusieron aquéllos, no se registraban como detenidas, motivo por el cual —y ante tal generalizada situación— el Tribunal se sintió “nuevamente en el ineludible deber de actuar el ejercicio de los referidos poderes implícitos que, como órgano supremo y cabeza de uno de los poderes del Estado, le son connaturales e irrenunciables en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, de modo que la función específica de los magistrados goce de las garantías y condiciones necesarias al logro de resultados efectivos, plasmados en decisiones provistas de concreta utilidad para los derechos cuya protección se les demanda” (considerando 3o.).

Por su parte, entendió configurada una situación de “privación de justicia” porque no se daban las condiciones necesarias para que los jueces pudieran ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exigía el orden jurídico; ello, con mayor razón, cuando están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables (considerando 4o.). A continuación, y citando a R. von Ihering, precisó que “el verdadero valor del derecho... descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho” (*idem.*, considerando).

Asimismo, y en tanto intérprete y Tribunal supremo de principios constitucionales y órgano superior de un poder del Estado, reivindicó su incumbencia en punto al deber de velar celosamente por el adecuado y eficaz servicio de justicia (considerando 5o.) y recordó que los otros “po-

deres del gobierno de la nación” se encontraban igualmente vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución, razón por la cual aquéllos debían brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que éstos pudieran hacer efectivos los derechos y garantías instituidos constitucionalmente (considerando 6o.).

- 2) Por último, dejó en claro que, como la aludida privación de justicia obedecía a causas ajenas a las funciones y competencias específicas de los magistrados, consideraba “un deber inexcusable” ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo nacional y “exhortarlo” a urgir las medidas necesarias a su alcance en orden a crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pudiera llevar a cabal término la decisión de las causas que le eran sometidas (considerando 7o.).

e. “Saguir y Dib, Claudia Graciela”

- 1) La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia que rechazó la solicitud formulada por los padres de la menor Claudia Graciela Saguir y Dib, en representación de ésta, para que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano, Juan Isaac.
- 2) Contra dicha resolución, los peticionantes articularon recurso extraordinario, que fue admitido por la Corte (la “mayoría” estuvo compuesta por Gabrielli y Rossi, y en forma conjunta y concurrente —técnicamente: “por su voto”— lo hicieron Frías y Guastavino), el 6 de noviembre de 1980,²²⁶ dejando sin efecto la sentencia objetada y, atento a la urgencia del caso, autorizó a la menor a que se sometiera a la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en su hermano, debiendo cumplirse previamente —con resultados favorables— los exámenes y estudios pertinentes, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias y a salvo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora.

Concretamente, la cuestión a dilucidar se centraba en la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. Al respecto, el artículo 13 de la Ley nac. núm. 21.541 determina las condiciones que ha de reunir el “dador”, entre ellas, la de ser “persona capaz, mayor de 18 años”. Al momento de la emisión de la sentencia, a la dadora le faltaban dos meses para cumplir la edad requerida legalmente.

En una interesante apreciación, la Corte estimó que no era dable demorar la tutela de los derechos comprometidos, que requerían una consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual suponía la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional del Tribunal (considerando 2o.).

Además, optó por una “interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y los derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos” (considerando 6o.).

Advirtió que la existencia de excepcionales particularidades en la causa comprometían al Tribunal en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, situación que lo conducía a ponderar cuidadosamente dichas circunstancias con el objeto de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma condujera a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto (considerando 7o.).

En función de ello, y haciendo gala de una interpretación “creadora”, juzgó que la norma de aplicación no prohibía suplir la ausencia del requisito de edad, por el asentimiento expreso de los padres o por la venia judicial, computando que a la dadora sólo le faltaban dos meses para cumplir los 18 años y que, en ese lapso, la vida de su hermano receptor quedaba permanentemente expuesta al riesgo de muerte (considerando 10).

Para llegar a tal conclusión, efectuó una interesante tarea ponderativa entre el derecho a la vida (del potencial receptor) y el derecho a la integridad corporal (de la eventual dadora) —considerando 9o.—, juzgando que el último de los nombrados resultaba “relativamente secundario con respecto al primero” (considerando 8o.).

Por lo demás, también sustentó axiológicamente su decisión en el artículo 14 bis de la CN, en cuanto a la garantía de “la protección integral de la familia” (considerando 11).

Por último, es relevante destacar que la Corte aclaró que no se trataba en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia al espíritu de ésta, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (considerando 12); en otras palabras, salvó —a través de una interpretación dinámica y evolutiva de la preceptiva— una suerte de omisión en que ésta habría incurrido.

- 3) Desde nuestra óptica, la sentencia denota una laudable muestra de activismo judicial motorizado por la naturaleza axiológicamente relevante de los bienes en juego, fundamentalmente, los derechos a la vida y a la protección integral de la familia; paralelamente, se evidencia como el resultado de una meritoria tarea de ponderación judicial.

La actividad “aditiva” de la Corte consistió en proporcionar una solución que, si bien no figuraba en el caudal literal de la norma, sí aparecía en su material implícito y, además, no resultaba incompatible con el texto de la misma.

Fue igualmente plausible la creativa salida encontrada por el Tribunal, como clara señal de la posibilidad (y hasta el deber judicial) de escapar del corset de la letra de la ley y del rigorismo formal, en orden a asegurar el cumplimiento de la específica (y autoproclamada) misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales.

f. “Bonorino Perú” y otros fallos

Otra de las secuencias que ha ofrecido el criterio de la Corte —y que resulta digna de mención— es la enmarcada por el conjunto de casos²²⁷ relativos a la omisión de la obligación contenida en la CN (ex artículo 96), de mantener la “intangibilidad” de las remuneraciones de los magistrados judiciales.

²²⁷ Esa pluralidad de causas sobre idéntico tema fue resuelta de modo similar por conjuces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para emplazarnos en el tema, recordamos que aquel artículo 96 (que sólo mudó su numeración mas no su contenido, convirtiéndose en el actual artículo 110), reza en su parte pertinente: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la nación... recibirán por sus servicios una *compensación* que determinará la ley, y *que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en funciones*” (énfasis nuestro).

Tal cuestión se ventiló —*inter alia*— en los casos: “Bonorino Perú”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”. En dichas causas, la Corte estuvo integrada en forma total por conjucees.

De ellas, sólo tomaremos la que abre el ciclo “controlador de la inconstitucionalidad omisiva incurrida”: “Bonorino Perú, Abel y otros c/gobierno nacional”²²⁸ —fallado el 15 de noviembre de 1985—.²²⁹

228 Hacemos alusión al caso en el que se dilucidó vertebralmente la cuestión que aquí interesa, pues existen con idéntica denominación otros fallos conexos, a saber: a) “Bonorino Perú, Abel...”, del 18 de junio de 1985, en el que la parte demandada (gobierno nacional) solicitaba —en autocontradicción— que la Corte proveyera lo pertinente para la integración del Tribunal de Alzada y, paralelamente, sostenía la preclusión de la segunda instancia requiriendo que la Corte resolviese el fondo del asunto. El Tribunal desechó la petición, ordenó se formara por insaculación la lista de conjucees para integrar la sala del Tribunal inferior en orden a que procedieran al análisis del recurso de alzada y declaró que sería inconstitucional omitir e inhibir el funcionamiento de una instancia —cuando se ha incitado su intervención—, para pasar a la superior (*Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1986, t. I, pp. 658-660); b) por su parte, en “Bonorino Perú, Abel...”, del 4 de diciembre de 1985, el Alto Tribunal hizo lugar al pedido de los magistrados para que se practicara por Subsecretaría de Administración de la Corte, la liquidación de acuerdo con lo fallado por el Tribunal el 15 de noviembre de tal año —no atendiendo los fundamentos de la demandada, que solicitaba una postergación de tal cuantificación en virtud de las “penurias” del Fisco—, *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1986, t. II, p. 376; c) en “Bonorino Perú, Abel...”, del 4 de abril de 1986, hizo lugar a la impugnación de la ejecutada en cuanto al periodo de liquidación de la deuda en favor de los magistrados actores y, paralelamente, desechó el pedido de aquélla en relación con el método actualizatorio implementado en el proyecto de liquidación, *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1986, t. II, pp. 376-380, y d) por último, en “Bonorino Perú, Abel...”, del 14 de marzo de 1988, la Corte se expidió por la procedencia del recurso extraordinario planteado por la demandada —remedio habilitado mediante la queja motivada en la denegación de la concesión del recurso por el *a quo*—, rechazando el incidente de ejecución de “condena de futuro” iniciado por los magistrados a fin de que por tal vía se concrete un nuevo reajuste de sus deterioradas remuneraciones, *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1988, t. III, pp. 128-130).

229 En tal ocasión la Corte estuvo integrada por los siguientes conjucees: Germán José Bidart Campos, Ernesto R. Gavier, Luis Moisset de Espanés, Augusto Mario Morello y Roberto Terán Lomas.

Recordamos que ambas instancias ordinarias se habían expedido en favor de la procedencia de la acción de amparo interpuesta, cuyo objeto era “obtener tutela contra la omisión en que... han incurrido los poderes políticos al no actualizar los haberes de los demandantes”,²³⁰ con lo que se violaba lo prescripto por el —entonces— artículo 96 de la CN.

Contra la resolución del Tribunal de Alzada, el Estado nacional recurrió a la vía extraordinaria, dando lugar a la sentencia de la Corte (confirmatoria de la recurrida) que —sucintamente— comentamos, y de la que extraemos lo siguiente:²³¹

Sostuvo el Tribunal que:

la intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial,... de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros, y a los funcionarios incluidos en el artículo 45²³² (hoy artículo 53) de la Constitución (parte *in fine* del considerando 3o.).

Añadió, por su parte, que:

la igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obligan al tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de

230 Los demandantes eran magistrados de primera y segunda instancias de la Justicia Nacional de la Capital Federal.

231 *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1986, t. I, pp. 95-103.

232 El ex artículo 45 de la Constitución nacional, rezaba a la letra: “Sólo ella (se refiere a la Cámara de Diputados de la Nación) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la nación, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”.

Esta norma cambió su numeración —actualmente es el artículo 53— y parte de su contenido. En efecto, antes la lista de posibles “acusados” incluía a los “miembros de los tribunales inferiores de la nación” —hoy eliminados en virtud de la instauración institucional del jurado de enjuiciamiento (que aún no ha sido formalmente implementado)—; mientras que la nueva norma incluye como probable personaje “sujeto a juicio político”, al jefe de gabinete de ministros (figura impuesta por conducto de la última reforma —1994—).

los jueces, en cuanto “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente” (primera parte del considerando 7o.).

En el último párrafo del considerando 7o., agregó que la intangibilidad de las remuneraciones que el entonces artículo 96 de la CN consagraba, estaba comprendida entre las condiciones de administración de justicia exigibles a las provincias a los fines contemplados en el artículo 5o. de la ley fundamental.

En otro tramo digno de mención enfatizó que:

la invocada cláusula de igual remuneración por igual tarea obliga a interpretar y conciliar, coordinada y armónicamente, la parte pertinente del artículo 14 bis²³³ y del artículo 96 (hoy, artículo 110) de la Constitución. Para compatibilizarlos, el Tribunal entiende que, so pretexto de resguardar la uniformidad de las remuneraciones de los jueces no se puede declinar el amparo a la incolumidad de las correspondientes a los actores, aunque ello arroje transitoriamente montos distintos entre éstos, y aun respecto de quienes no son parte en la *litis*, ya que, por un lado, no es de competencia judicial —sino legislativa— remediar tal resultado mediante una fijación igualitaria de los sueldos, y por el otro, la solución objetivamente justa que en cada caso, sólo puede ser alcanzada por el efecto particular de la sentencia que en él recae, atiende a la situación de quienes, como justiciables, se hallan en circunstancias semejantes (considerando 16, segundo párrafo).

De lo expuesto surge que en los casos individualizados *supra* (comenzando por Bonorino Peró), la Corte ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional centrada en el no cumplimiento de la “obligación” de mantener “actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de in-

²³³ Tal norma fue incorporada al plexo de la Constitución, por la Convención Constituyente de 1957, pretendiendo inocular algún dejo de constitucionalismo social a la textura liberal decimonónica del texto primigenio —del que en 1956 se había arrancado el sesgo social de la reforma de 1949—, véase Bazán, Víctor, “¿Qué será del artículo que no fue?”, *Entre abogados*, San Juan, Foro de Abogados, 1994, año II, núm. 4, pp. 20-22 y en especial, 20.

tangibilidad impuesta por el artículo 96 de la constitución”;²³⁴ dando operatividad a la mencionada garantía.

En síntesis, reiteramos que: a) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad; b) operativizó aquella garantía de preservar la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados”, y c) puso en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una “obligación” constitucional.

g. Hotel Internacional Iguazú S. A. c/nación argentina

- 1) La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó en lo principal la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda por cobro de daños y perjuicios promovida por la actora (propietaria de un hotel internacional frente a las Cataratas del Iguazú —Provincia de Misiones—) contra el Estado nacional, resolución que modificó en cuanto a la extensión de la condena y a la distribución de las costas.
- 2) Contra dicho pronunciamiento tanto la actora como la demandada interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que se pronunció el 10 de diciembre de 1987.²³⁵

El fallo (con la firma de Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué) confirmó la sentencia apelada en todas sus partes, con excepción de ciertos agravios planteados por la actora que la Corte admitió; concretamente, los tratados en los considerandos 9o. y 12, es decir, respectivamente, el lucro cesante y el resarcimiento de un daño por la no concreción de los regímenes especiales que, en materia crediticia, impositiva y arancelaria, debían proporcionarse a una empresa que, como la actora, se instaló en una zona o área de frontera (*cfr.* la Ley nac. núm. 18.575).

²³⁴ *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 100.

²³⁵ *Fallos* 310:2653.

- 3) Juzgamos que lo resuelto por la Corte, en particular con relación a la consideración de la Ley nac. núm. 18.575, ostenta relevancia en punto al objeto de este ensayo.

En efecto, el Tribunal sostuvo que dicha ley (que establece provisiones tendientes a promover el desarrollo e integración de las zonas y áreas de frontera), después de enumerar en su artículo 2o. los objetivos generales a alcanzar en la zona de frontera, establece en su artículo 6o. que las medidas promocionales para la zona y, en especial, para las áreas de frontera, deberán proporcionar (*cfr.* el inciso d de tal cláusula) un régimen especial crediticio, impositivo y arancelario para instalar industrias o ampliar las existentes. Tal normativa legal fue reglamentada por el decreto nac. núm. 468/70; aclarando la Corte que a tal punto también se refieren los decretos nacs. núms. 362/76 y 2.336/78, además de que, en su momento, el decreto nac. núm. 759/80 (anexo 19) determinó que una parte del Departamento Iguazú, donde ya se hallaba funcionando el hotel, y que hasta ese momento había sido “zona de frontera”, pasaba a ser “área de frontera” (*cfr.* considerando 12 de la sentencia).

Al respecto, el *a quo* había entendido que ningún derecho cabía reconocer a la demandante con base en el artículo 6o., inciso d, de la Ley nac. núm. 18.575. Una de las razones que sustentaba tal criterio se vinculaba con el carácter “programático” de dicha ley, que requeriría para su operatividad el dictado de medidas concretas de ejecución, otorgables discrecionalmente; frente a lo cual, la Corte dijo —acertadamente a nuestro criterio y en aserto que contiene una valencia que excede del propio pronunciamiento en que fue expedido— que “el señalado carácter (programático) de la ley no es causa que por sí sola justifique una inacción *sine die* del Estado en hacer efectivas sus disposiciones, pues, de otro modo,... habría que admitir que fue dictada para satisfacer inquietudes puramente literarias, conclusión ésta que indudablemente no puede aceptarse” (*loc. cit.*).

En mérito a ello, el Tribunal razonó que la actora participó de un concurso, resultó adjudicataria y celebró el contrato cuando la citada normativa estaba vigente y, por lo tanto, integraba, junto con otras normas, el marco legal que la demandante tuvo necesariamente que tener en consideración para el encuadramiento de su situación jurídica y las perspectivas económico-financieras de la empresa que acometía, por lo que, la promoción regional —ya no sectorial— que la ley tan enfáticamente es-

tablecía “pudo, tal vez, dilatarse un tiempo, pero no quedar en letra muerta, porque así se desajustaron los cálculos que razonablemente debió hacer la actora” (*idem.*, considerando).

Ello llevó al Tribunal a admitir un daño por el precitado concepto consistente en la no concreción de los regímenes especiales que en materia crediticia, impositiva y arancelaria debían proporcionarse a una empresa que, como la accionante, se instaló en una de las zonas favorecidas por la norma legal.

h. “Bruno, Raúl Osvaldo”

- 1) El actor, juez de primera instancia de la Provincia de Río Negro, promovió una demanda de amparo en la que, sustentándose en que su remuneración como magistrado había sufrido un sensible deterioro, solicitó que se garantizara su “valor constante”, al tiempo de petitionar que le fueran abonadas las diferencias entre lo realmente percibido y lo que le hubiera correspondido cobrar.

La acción fue rechazada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, apoyándose en que la facultad de determinar los sueldos de los jueces era exclusiva de la Legislatura local, por lo que aun cuando ésta no hubiese observado el mandato del artículo 130 de la Constitución provincial, el Poder Judicial no podía “legislar” en su reemplazo.

- 2) Contra el aludido pronunciamiento, el accionante interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema, por mayoría, hizo lugar al recurso (el 12 de abril de 1988),²³⁶ revocó el pronunciamiento apelado (en cuanto se abstenía de juzgar sobre los planteos de inconstitucionalidad formulados) y remitió el expediente para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo fallo conforme a las pautas sentadas por el Alto Tribunal.

- 3) El voto mayoritario (suscripto por Belluscio, Fayt y Petracchi), se fundó en las siguientes pautas, que presentamos sucintamente:

Sostuvo que el ejercicio de la facultad de fijar las retribuciones de los jueces es algo muy distinto del control de constitucionalidad de las consecuencias de dicho ejercicio en un caso judicial; tan exclusivo de la Legislatura el primero, como del Poder Judicial el segundo (considerando 9o.), por lo que dicha labor del órgano judicial no implicaba un indebido apoderamiento de atribuciones reservadas al Legislativo, lo que ocurriría si se hubiese pretendido que aquél determinara las retribuciones de los magistrados, pero no era ése el objeto del proceso; por el contrario, sí lo era, el de revisar —en el caso y para el caso— si las normas puestas en discusión habían agraviado el derecho emanado de la Constitución local y, si así fuese, restablecer el imperio de la norma jerárquicamente superior (considerando 10), lo que no conduciría a que la Justicia “legisle” (considerando 11).

Es interesante destacar que el voto mayoritario también dijo que “no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisiblesalvo que el texto de la Constitución así lo indique (‘Marbury vs. Madison’)” —considerando 13—.

Entendió, asimismo, que no había duda de que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial (*fallos* 176:73), y menos la había de que tal independencia es un requisito indispensable del régimen republicano (*fallos* 247:495) —considerando 19—; sin embargo, y si bien resultaba conclusión válida de aquellas premisas que el principio de intangibilidad no podría ser desconocido en el ámbito provincial, no lo era la que afirmase que los alcances de dicho principio en ese ámbito debían ser necesariamente iguales a los trazados —para la esfera nacional— en la sentencia de la Corte —dictada por conjueces— en la causa: “B.478.XX. ‘Bonorino Perú, Abel y otros c/Estado nacional s/amparo’” (del 15 de noviembre de 1985 —véase *supra*—), ya que en la medida en que las normas locales preservaran la sustancia del principio y en tanto la *ratio* de éste no se viera frustrada, la exigencia del artículo 5o. de la CN quedaba suficientemente cumplida (*idem.*, considerando).

- 4) Por su parte, el voto disidente de J. Severo Caballero planteaba la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la crítica referida a la exégesis

del artículo 130 de la Constitución provincial remitía a la consideración de cuestiones de derecho público local, propias de los jueces de la causa y, en principio y por naturaleza, ajenas al remedio federal intentado (considerando 6o.). Por su parte, y ya en referencia a lo resuelto por la Corte Federal en “Bonorino Perú” (en tanto uno de los agravios del recurrente consistía, precisamente, en que el *a quo* se había separado de lo resuelto por el máximo Tribunal Federal en dicha causa), puntualizó que, pese a la autoridad de que están investidos y del respeto que merecen los precedentes de la Corte, había de reconocerse que los mismos carecen de fuerza vinculante para los tribunales provinciales en materia de derecho público local (considerando 8o.).

- 5) En forma más explícita aún, Bacqué en su disidencia (que propiciaba la revocación de la sentencia) propuso, en cuanto a los alcances de la garantía atinente a la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales (ex artículo 96 de la CN), que el Tribunal hiciera suyos los términos de la sentencia recaída en “Bonorino Perú”, lo que —a su juicio— por sí solo bastaba para desechar los fundamentos del *a quo* (considerando 5o.).
- 6) En resumidas cuentas, la importancia del presente fallo —respecto de la temática analizada en este trabajo— puede emplazarse, por un lado, en la afirmación del voto mayoritario en el sentido de que “no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto”, afirmación que deviene útil en orden a brindar sustento jurídico y axiológico a la posible corrección jurisdiccional de las omisiones inconstitucionales, y por otro, se hace perceptible en el pronunciamiento, tanto en el voto mayoritario cuanto en las disidencias (ya de modo directo, ya implícitamente), una suerte de posición coincidente con el criterio que los conjuces sentaron en la reseñada causa “Bonorino Perú”.

i. “Ekmekdjian c/Sofovich”

- 1) Generalmente, cuando se hace referencia a esta causa, se habla de un cambio sustancial, un punto de inflexión, un vuelco brusco (y trascendente) en la trayectoria jurisdiccional de la Corte.²³⁷ Y ver-

²³⁷ Es justo recordar que, para esta ocasión, la Corte ya había mudado parcialmente su

daderamente así ha sido, y no sólo respecto de la concepción del derecho de réplica y su inserción en el derecho positivo nacional y la problemática de la corrección de las omisiones inconstitucionales por medio de las sentencias judiciales.²³⁸ Veamos algunos de los aspectos relevantes de este paradigmático pronunciamiento.

- 2) En cuanto a la plataforma fáctica, cabe recordar que el actor interpuso demanda contra el señor Gerardo Sofovich y “canal 2 de Televisión”, persiguiendo se leyera en el programa “La Noche del Sábado” —emitido en aquel canal y conducido y producido por Sofovich—, una carta documento para contestarle al señor Dalmiro Sáenz, quien había proferido —a juicio del demandante— frases agraviantes en relación con Jesucristo y la Virgen María (en la audición del 11 de junio de 1988).

Va de suyo que el actor canalizaba su pretensión invocando como fundamento al derecho de réplica. La acción fue rechazada en ambas instancias ordinarias, lo que llevó a Ekmekdjian a plantear recurso extraordinario. La denegación de tal remedio, motivó la queja de su parte.

integración (en relación con la que tuvo a su cargo la decisión de los anteriores casos reseñados en conexión con el derecho de réplica —“Costa”, “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian c/Neustadt”—); habiéndose dispuesto el aumento del número de sus miembros —que trepó de cinco a nueve—.

²³⁸ En efecto, en forma directa o tangencial, quedaron involucradas otras delicadas cuestiones, por ejemplo, la de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno estatal, la postura subjetiva internacional de nuestro país frente a los tratados internacionales suscriptos, etcétera. Al respecto, véase Bazán, Víctor, por ejemplo en: “Soberanía vs. Integración: ¿una antinomia superada?”, *Entre abogados*, San Juan, octubre-diciembre de 1993, año 1, núm. 1, pp. 4-9; “Aproximación a ciertas cuestiones jurídicas que suscitan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte —TLC— y el Tratado de Asunción —Mercosur—”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, mayo-agosto de 1994, núm. 80, año XXVII, pp. 285-314; “Cuestiones que suscitan el TLC —Nafta— y el Tratado de Asunción —Mercosur—”, *La Ley* (suplemento actualidad), Buenos Aires, diarios del 29 de septiembre de 1994, pp. 1-3 y 13 de diciembre de 1994, pp. 2-4; “Mito y realidad en la conexión soberanía nacional-integración regional”, *Revista del Foro de Cuyo*, Mendoza, 1995, t. 16, pp. 52-65.

- 3) El fallo —que acogió estimatoriamente la pretensa del actor— fue dictado el 7 de julio de 1992.²³⁹ En sucinta referencia, reseñamos algunos de sus tramos:²⁴⁰

Sostuvo que:

Entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación (primera parte del considerando 13 de la mayoría).

Además, dejó en claro que:

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5/9/84, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el artículo 31 CN... (considerando 15, primera parte, de la mayoría).

Asimismo, el voto mayoritario puso de relieve que:

La necesaria aplicación del artículo 27²⁴¹ de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27 (primera parte del considerando 19 de la mayoría).

Por su parte, agregó que:

Las palabras “en las condiciones que establezca la ley” (contenidas en el artículo 14.1 de la Convención, en referencia al derecho de réplica) se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las

²³⁹ La mayoría estuvo integrada por Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a Petracchi, Moliné O'Connor, Levene (h.) y Belluscio.

²⁴⁰ *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1992, t. III, pp. 199-221.

²⁴¹ Tal norma dispone, en el tramo que aquí interesa: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas.

Rematando, a continuación que:

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto (considerando 22, *in fine*, de la mayoría).

Más adelante, el voto mayoritario precisó que: “la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniaras ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías” (considerando 28 de la mayoría) y que:

No cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el artículo 114 del CP —que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba— con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta (considerando 30, primera parte, de la mayoría).

Por último, y para concluir esta reseña referencial del voto de la mayoría, éste se encargó de afirmar que:

(La) vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta,²⁴² resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente. En tal sentido, corresponde una vez más evocar que esta Corte estableció “que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (considerando 31 de la mayoría).

4) Huelgan resaltar el giro en el timón jurisprudencial y la ostensible modificación del criterio de la Corte, evidenciados en este fallo.

242 Recuérdese que, previo a entablar la acción, Ekmekdjian remitió una carta documento para que fuese leída en el programa, mas su petición fue ignorada.

El Tribunal confirió aplicación directa y operativa al artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que catapultase endógenamente al derecho de réplica; además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (artículo 14.1., *idem.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas” (el sobremarcado nos corresponde). Es decir, que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar “las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado” será ejercitado²⁴³ (el remarcado es nuestro).

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente, la circunstancia de que, como el tratado internacional tiene jerarquía supralegal (hoy, constitucional), su incumplimiento —enancado en la abstención legislativa— podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado... (énfasis propio).²⁴⁴ Entonces, la segunda de las hipótesis (“omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”) provocaría la agresión constitucional por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.²⁴⁵

Sea como fuere —y más allá de las polémicas que la intervención de la Corte suscitó— juzgamos de importancia la instalación en el seno del tribunal, de algunas pautas que parecieran abonar y desbrozar el camino hacia la consolidación de la recepción —por vía pretoriana— del control sobre las omisiones inconstitucionales.

243 *A fortiori*, podría el Poder Judicial “fijar las características” (*sic*) de una norma constitucional o legal no reglamentada por el órgano público investido de la competencia primigenia para hacerlo, concretando la fiscalización constitucional de la omisión y proveyendo —para el caso concreto y con efecto *inter partes*— una solución *ad hoc*.

244 *Cfr.* considerando 16 del voto de la mayoría.

245 *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental...*, *op. cit.*, t. I, p. 160.

j. “Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas” y una breve alusión conectiva con los casos “Ganora y otra” y “Suárez Mason”

- 1) Cabe recordar que en “Urteaga”, las instancias de mérito habían coincidido en cuanto al rechazo de la “acción de amparo de *habeas data*” (*sic.*) que el peticionante articulara contra el Estado nacional y/o el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, destinada a:

Obtener información que exista en los bancos de datos de la Secretaría de Informaciones del Estado, Servicio de Inteligencia del Ejército, Servicio de Informaciones de la Armada, servicios de informaciones de la Aeronáutica, Servicio de Inteligencia de la Policía Federal, Servicio de Informaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y Servicio de Inteligencia de la Provincia de Buenos Aires y/o cualquier otro del Estado nacional, de las fuerzas armadas y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sobre su hermano Benito J. Urteaga, supuestamente “abatido” el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires...²⁴⁶

- 2) Arribada la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta dictó su pronunciamiento el 15 de octubre de 1998.²⁴⁷

Si bien todos los magistrados de la Corte coincidieron en la solución final implementada, consistente en hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia puesta en crisis, se torna un poco complicado rearmar uniformemente la estructura del fallo emitido, en virtud de que presentan tanto similitudes como discrepancias parciales entre los diversos votos. Por tanto, y para escapar de tal complejidad, sólo diremos que en cuanto a la *ruta procesal* escogida por el actor, los magistrados Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, Petracchi y Vázquez juzgaron que la acción de *habeas data* era la adecuada. Por su parte, Belluscio y López (en voto conjunto) y Fayt y Bossert (individualmente) sostuvieron que la vía pro-

²⁴⁶ La transcripción fue extraída del considerando 2o. del voto mayoritario del fallo, *La ley*, Buenos Aires, 1998, t. F, p. 237.

²⁴⁷ El texto íntegro de la sentencia puede ser consultado en *La Ley*, *op cit.*, nota anterior, pp. 236 y ss.

cedente era la del amparo, bien que advirtiendo los dos magistrados citados en último término, que el *habeas data* es una forma de amparo.²⁴⁸

El detalle de los votos emitidos fue el siguiente: Nazareno y Moliné O'Connor (conjuntamente); Belluscio y López (también, en conjunto), y los votos individuales de Fayt, Bossert, Petracchi, Boggiano y Vázquez. Veamos, sintéticamente, qué dijeron tales magistrados.

Nazareno y Moliné O'Connor, de quienes podría decirse constituyeron “la mayoría”, recordaron la doctrina de la Corte por virtud de la cual la falta de reglamentación legislativa no empece a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, “pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna” (considerando 9o.), marco de ausencia reglamentaria en el que juzgaban correspondía a la Corte delinear —con “razonable flexibilidad”— los alcances de la acción de *habeas data*, en orden a conferir al requirente la plena protección que ella establece (considerando 12), debiendo admitirse la legitimación de éste, toda vez que —en su calidad de hermano de la persona supuestamente fallecida— “la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece, en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco de una discreta interpretación del texto constitucional” (considerando 13).

Concluyen aquellos jueces sosteniendo que corresponde reconocer al recurrente el derecho a la información objetiva requerida (considerando 15).

Belluscio y López sostuvieron que el planteo del actor no guardaba relación con la garantía protegida mediante el *habeas data* (considerando 6o.) sino que tal planteamiento debía ser ubicado en el marco del amparo en general (considerando 7o.), siendo admisible su pretensión “cualquiera que sea el *nomen iuris* adoptado para ser concedido” (considerando 12), pasando a reconocer al peticionario el derecho a la información objetiva exigida (considerando 13).

Fayt arribó a idéntica conclusión que la de Belluscio y López, entendiendo que entre el planteo que se efectivizaba en autos y la garantía de *habeas data* existen claras diferencias, pues aquél “no es otra cosa que el reclamo a los jueces —en tanto guardianes de las garantías individua-

248 Cfr. Bianchi, Alberto B., “El *habeas data* como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema”, *La ley, op. cit.*, nota 245, p. 299.

les— para que hagan valer lo establecido en los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional: esto es, el derecho a la información que es preexistente a la incorporación del hábeas data en nuestra Ley fundamental” (considerando 11), para pasar a puntualizar que es la genérica acción de amparo el medio eficaz para que el solicitante obtuviera de los poderes públicos y sus organismos de seguridad las respuestas encaminadas a conocer los antecedentes que pudieran existir acerca de la situación de su hermano (*idem.*).

A su turno, Bossert expresó que el derecho a ser informado acerca de su hermano desaparecido y supuestamente muerto constituye uno de los derechos esenciales del hombre contenidos en el artículo 33 de la CN (considerando 19), añadiendo que el *nomen iuris* de la vía procesal intentada por el accionante no ata al juez, quien debe analizar los hechos, la pretensión articulada y el derecho aplicable con prescindencia de las calificaciones que las partes hicieran, ello en virtud del principio *iura novit curia* (considerando 22); además, indicó que el párrafo 3o. del artículo 43 de la CN deja entrever que se trata de una forma específica de la acción de amparo establecida en términos genéricos en el párrafo 1o. de dicha norma, por lo que el supuesto diagramado en el 3o. no agota ni excluye otras posibilidades de indagación de datos asentados en registros públicos o privados mediante la acción de amparo del párrafo 1o. (i).

En un interesante voto, Petracchi sostuvo que lo solicitado por el recurrente se encuentra amparado por el artículo 43, párrafo 3o., de la CN, “sin que exista óbice formal alguno para garantizar la procedencia del *habeas data* intentado por la vía de la norma citada” (considerando 17), luego de sustentarse en la “autodeterminación informativa” (considerando 10) y de reseñar las palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia sobre la Ley del Censo: “si un ciudadano no tiene información sobre quién ha obtenido información sobre él, qué tipo de información y con qué medios la ha obtenido, ya no podrá participar en la vida pública sin miedo” (véase el considerando 11 del voto de Petracchi).

En un muy breve voto, Boggiano indicó con claridad —luego de que en el considerando 2o. se sustentara en la doctrina de la Corte dimanante del caso “Kot” (véase *supra*)— que “el derecho de *habeas data* puede hacerse valer por cualquier vía procesal razonable, aun incidental, hasta tanto una ley reglamente su ejercicio” (considerando 3o.).

Por fin, Vázquez manifestó que cuando el artículo 43 legisla sobre el *habeas data*, al igual que cuando se refiere al amparo y al *habeas corpus*,

lo hace a través de una norma de carácter operativo, es decir aquella que está dirigida a una situación de la realidad sobre la que pueda operar inmediatamente, o sea, sin necesidad de instituciones que deban ser establecidas por el Congreso (considerando 5o.), incumbiendo —en situaciones como la de autos— a los órganos jurisdiccionales determinar en forma provisoria las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos, hasta tanto el Congreso proceda a su determinación definitiva (*idem.*). Concluye asegurando que el actor se encontraba legitimado para interponer la acción de *habeas data* para obtener datos que no eran propios, dado que se trataba de un miembro del grupo familiar directo con interés legítimo, además de que el sujeto legitimado activamente estaba imposibilitado de ejercer la mentada acción (considerando 8o.).

- 3) Finalizamos esta breve reseña puntualizando que el fallo expedido en “Urteaga” reviste importancia toda vez que, como anticipábamos, se expide por una visión amplia de la legitimación procesal activa para articular el *habeas data*.

Además, estimamos que la respuesta jurisdiccional brindada resulta totalmente compatible con el derecho a la autodeterminación informativa²⁴⁹ que postulamos como bien protegible por medio del hábeas data, pues el espectro de cobertura de aquel derecho incluye la posibilidad de conocer qué tipo de información (en este caso, perteneciente al hermano presun-

249 Sobre el derecho de autodeterminación informativa, véase Bazán, Víctor, por ejemplo en: “El *habeas data* y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales y Universidad de Lanús, Editorial Ad-Hoc, 2001, año 1, pp. 175-205; “El *habeas data* y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 215-268; “El *habeas data* y el acceso a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad”, en el libro colectivo *Estudios de derecho administrativo*, III, Mendoza, Dike, 2000, pp. 113-143; “Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa”, en la obra colectiva *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales ‘Ambrosio L. Gioja’, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Ediar, 1999, pp. 49-158; “Sobre la cobertura tuitiva del *habeas data* (especial referencia al derecho federal argentino)”, *Revista del Foro*, Perú, Colegio de Abogados, 1998, núm. 2, año LXXXVI, pp. 143-151, etcétera.

tamente fallecido del peticionario) existe en los archivos o bancos de datos, para luego decidir someterla a un manto de confidencialidad o, a la inversa, hacerla pública.

Por último, y específicamente en lo tocante al tema de la carencia reglamentaria legislativa frente a una norma constitucional, reitera el valioso criterio hermenéutico que sostiene la innecesariedad de la existencia de ley reglamentaria²⁵⁰ cuando de viabilizar el ejercicio de un derecho o de una garantía deparados constitucionalmente se trata, sosteniendo el voto mayoritario que, en referencia a la acción de *habeas data*, la lectura de la norma constitucional

permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual, la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente —hasta tanto el Congreso nacional proceda a su reglamentación—, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos (considerando 10).

- 4) En un fallo posterior (“G. 529, XXXIII. Ganora, Mario Fernando y otra *s/habeas corpus*”), emitido el 16 de setiembre de 1999, la Corte —en el contexto del voto mayoritario— evocó lo resuelto en “Urteaga” (considerandos 9o. y 10 de éste), en punto a la operatividad de la acción a falta de norma reglamentaria (véase considerando 8o. de “Ganora”).

En otros trabajos decíamos que resultaba importante poner de relieve, al modo como lo entendió la Corte en “Urteaga” y “Ganora”, que el *habeas data* es inexcusablemente operativo. La carencia de norma reglamentaria no enerva la potencialidad de la garantía analizada ni dificulta su tránsito en el juicio en cuyo marco discurre —o, al menos, no debería hacerlo—; por el contrario, la falta de reglamentación enraizada en una omisión legislativa no resulta oponible al justiciable y, en el interregno

²⁵⁰ Ilustrativamente, dejamos expresado que en la actualidad tal ley reglamentaria ya existe. En efecto, el 4 de octubre de 2000 se sancionó la Ley núm. 25.326 (de “Protección de los Datos Personales”), que fuera vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo nacional a través del decreto núm. 995/2000, y publicada el 2 de noviembre de 2000.

hasta el nacimiento de dicho dispositivo legal, el juez —de cara al proceso en el que se ventila el *habeas data*— deberá dotarlo de razonable flexibilidad y expedirse por su admisión cualesquiera fuese la vía mediante la cual se lo intenta.²⁵¹

Para escapar de una visión parcializada de nuestro enfoque, y aunque suene a suspicacia (quizá, lo sea), debemos recordar que si bien celebramos la resolución que el máximo tribunal argentino adoptó en “Urteaga” y, extensivamente, la brecha que abrió en “Ganora”, a fuerza de ser sinceros, no podemos dejar de preguntarnos si la solución impresa a “Urteaga” habría existido (o tenido la misma *fiisonomía*) sin el lamentable precedente de “Suárez Mason” y la nutridamente adversa crítica que tal solución despertó, lo que se agrava a poco de pensar que se trataba de una petición dirigida a penetrar el núcleo informativo “secreto” del Estado respecto del destino de personas desaparecidas durante el tétrico “proceso de reorganización nacional” (1976-1983).

Para orientar al lector, recordamos que en el caso “Suárez Mason” (resuelto el 13 de agosto de 1998), la Corte tuvo ocasión de decidir el recurso extraordinario interpuesto por la señora Aguiar de Lapacó²⁵² (madre de una desaparecida) contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había decidido —por mayoría— tener presente la respuesta producida por el Estado Mayor del Ejército relativa al destino de las personas desaparecidas en la jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército entre los años 1976 y 1983, ordenando la prosecución de la causa según su estado, lo que entrañaba una denegatoria de diversas medidas de prueba impetradas en la causa.

En un tan escueto como oscuro fallo, la mayoría de la Corte (votos de Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez) decidió declarar improcedente el recurso extraordinario incoado en virtud de que, a su criterio, no resultaba admisible la realización de diligencias investi-

251 Al respecto, véase Bazán, Víctor, “*Habeas data*, registros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales, y saneamiento del crédito: la copa medio llena o medio vacía”, *La ley (suplemento de derecho constitucional)*, 29 de noviembre de 1999, Buenos Aires, pp. 1-11; “El *habeas data* ante una visión jurisdiccional restrictiva”, *La ley (suplemento de derecho constitucional)*, Buenos Aires, 15 de febrero de 1999, pp. 13-21, *passim*.

252 El caso también es conocido como “Aguiar de Lapacó”, naturalmente, a causa del apellido de la accionante.

gativas que tenían por finalidad comprobar la existencia de un hecho punible y descubrir a los autores, pues en el estado en que el caso se encontraba al momento de fallar, su objeto procesal había quedado agotado, razón por la cual la concreción de tales medidas hubiese implicado la reapertura del proceso contra quienes habían sido sobreseídos definitivamente por los hechos que dieron lugar a la formación de la causa.

El pronunciamiento recibió las disidencias conjunta de Petracchi y Bossert e individuales de Fayt y Boggiano, quienes coincidieron en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario y la consecuente revocación del fallo puesto en crisis.

Colateralmente, recordamos que la reacción negativa que produjo la Corte con “Suárez Mason”,²⁵³ ha excedido el marco de nuestro país, cobrando una seria repercusión internacional, tanto que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos acogió la denuncia formulada contra el Estado argentino, declarando admisible el caso (núm. 12.059: “Aguiar de Lapacó”), durante el curso de sus sesiones extraordinarias de mayo de 1999, denuncia que generara el informe núm. 70/99. No obstante ello, es dable precisar que el Informe de la Comisión del 29 de febrero de 2000 da cuenta de un acuerdo firmado por el gobierno argentino el 15 de noviembre de 1999.²⁵⁴

k. “Asociación Benghalensis”²⁵⁵

- 1) En la causa “Asociación Benghalensis”²⁵⁶ (del 1o. de junio de 2000) las instancias de grado hicieron lugar a la acción de amparo articulada por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gu-

²⁵³ El fallo puede ser consultado en *La ley*, Buenos Aires, 1998, t. E, pp. 215 y ss.

²⁵⁴ Véase, en cuanto a esta última información, Albanese, Susana, *op. cit.*, p. 511.

²⁵⁵ Este precedente se une a los expedidos en “Campodónico de Beviacqua” (que *infra* será reseñado) y al contenido en *fallos* 321:1684, en el que se condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a brindar a un menor el servicio de internación en terapia intensiva (por un periodo superior al establecido en el contrato por adhesión firmado con el servicio de medicina prepaga), entendiéndose de aplicación el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que garantiza el derecho a la salud integral y determina que el gasto público en salud constituye una inversión social prioritaria.

²⁵⁶ Cuya carátula responde a la siguiente individualización: “A, 186, XXXIV. Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social-Estado nacional s/amparo Ley 16.986”.

bernamentales²⁵⁷ que despliegan actividades contra la epidemia del SIDA, condenando al Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a la obligación a su cargo de asistir, tratar y —en especial— suministrar medicamentos —de modo regular, oportuno y continuo— a las personas enfermas de ese mal, registradas en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

- 2) Contra tal decisorio el demandado interpuso recurso extraordinario, que fuera concedido parcialmente (pues se lo acordó por encontrarse cuestionados el alcance y la interpretación de una norma federal, mas se lo denegó por la arbitrariedad alegada), el que fue admitido formalmente por la Corte aun cuando ésta se pronunció por la confirmatoria de la sentencia resistida.

El detalle de la votación respectiva en el seno del máximo tribunal, fue el siguiente: Belluscio, López y Bossert —de quienes puede decirse constituyeron la *mayoría*— propiciaron la solución mencionada, limitándose a un reenvío al tratamiento que, acerca de las cuestiones debatidas, concretó el procurador general de la nación. Por su parte, Moliné O'Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante). Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente). Por último, Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resulta inadmisibles de acuerdo con lo establecido en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación.

- 3) Interesa, entonces, referenciar brevemente los argumentos confirmatorios del fallo de los tribunales de mérito que esgrimió en su dictamen el procurador general de la nación, opinión que —como dijimos— constituyó el material jurídico al que el voto mayoritario remitió expresamente para nutrirse y conformar el componente cuantitativamente prevaleciente del decisorio.

²⁵⁷ Las restantes entidades actoras eran: Fundación Descida, Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro Ayuda al Niño con SIDA, y Asociación Civil SIGLA.

En primer lugar, el dictamen se expidió por la legitimación de las entidades actoras para articular la acción de amparo que motivara el proceso, entendiendo que existe un perjuicio concreto, actual e inminente por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos y, en especial, en relación con las consecuencias por la no detección y asistencia a los portadores, infectados y enfermos o por la interrupción de su tratamiento.

Luego de efectuar ciertas disquisiciones jurídicas respecto del derecho a la vida, puntualizó que desde el punto de vista normativo el derecho a la salud está consagrado en los tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75, inciso 22 de la CN), citando —de ellos— los siguientes preceptos: artículos 12, inciso c, del PIDESC; 4o., inciso 1o. y 5o., inciso 1o. de la CADH y 6o., inciso 1o. del PIDCP.

A continuación, puso de relieve que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, tiene el deber de realizar prestaciones positivas, para que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. En tal marco, entiende fue dictada la mencionada Ley nac. núm. 23.798 —de Lucha contra el SIDA—, de cuyos principios liminares extrae que pesa sobre el Estado nacional la obligación de proporcionar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, siendo aquél el responsable de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que ante él les quepa a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas (obras sociales o sistemas de medicina prepaga).

En definitiva, y en cuanto a lo que aquí interesa, se confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (a su vez, ratificatoria de la de primera instancia) que declaró procedente la acción de amparo contra las *omisiones* del Estado por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 23.798 y su decreto reglamentario 1.244/91; se efectuó una interpretación amplia de la legitimación activa; se evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en tan importante materia (salud pública como inversión social prioritaria) y que ellos quedaran *licuados* en una discusión (por supuesto, secundaria) acerca de la distribución competencial entre nación y provincias en el cumplimiento de las imposiciones del citado plexo normativo.

I. “Campodónico de Beviacqua”

- 1) En “Campodónico de Beviacqua”²⁵⁸ las instancias de mérito hicieron lugar al amparo articulado por la madre del niño A. S. B. (quien nació con un grave padecimiento en su médula ósea que reduce sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento depende del suministro de un fármaco especial), condenando al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias de la mencionada medicación, ya que el 2 de diciembre de 1998 el Banco de Drogas Antineoplásicas —dependiente de aquél— manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación “por última vez”, circunstancia que movió a éstos a articular la aludida acción.
- 2) Contra la sentencia de la alzada (Sala B, Secretaría Civil núm. II, de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba), interpuso la vencida el recurso extraordinario, cuya denegatoria motivara su queja, sustentando su principal agravio en que el fallo resistido ha trasladado indebidamente a la nación la responsabilidad de la atención del niño, liberando a la obra social y a la autoridad provincial de las obligaciones a su cargo. Con ello, entiende que se pone en entredicho la actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas de las provincias en materia de salud.
- 3) Prácticamente la Corte en pleno, y con argumentos compartidos, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada, emitiendo su fallo el 24 de octubre de 2000. En efecto, así votaron: Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. Por su parte, Bossert no integró el acuerdo y Belluscio votó en disidencia, mocionando la desestimación de la presentación directa por resultar inadmisibles en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación.
- 4) A continuación, sólo reseñaremos brevemente algunas de las importantes consideraciones del tribunal. Veamos.

²⁵⁸ La carátula completa de la causa es: “C, 823, XXXV. Recurso de hecho. Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”.

En primer lugar, reitera la impostergable obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud —el que entiende comprendido dentro del derecho a la vida— con acciones positivas, sin perjuicio de los deberes que en tal sentido deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina pre-paga (reenvía a *fallos* 321:1684²⁵⁹ y a lo resuelto en la ya aludida causa “Asociación Benghalensis”) —considerando 16—.

Pasa a reseñar los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la CN) que contienen normas específicas que protegen la vida y la salud de los niños, entre los que incluye los artículos VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25, inciso 2o., de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4o., inciso 1o. y 19, de la CADH; 24, inciso 1o., del PIDCP y 10, inciso 3o., del PIDESC —considerando 17—.

Respecto de este último instrumento internacional, evoca la existencia del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental y el deber estatal de procurar su satisfacción, señalando entre las medidas a adoptar para garantizar aquel derecho, la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (artículo 12) —considerando 18—. Vincula tales afirmaciones con lo dispuesto en el artículo 2o., inciso 1o., *idem.*, en el sentido de que los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en él reconocidos —considerando 19—.

Luego, y para justificar la responsabilidad del Estado nacional respecto de la cuestión que se ventila, en naciones de estructura federal como la nuestra, remite a algunas observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU —considerando 19— y también, a la “cláusula federal” prevista por la CADH (artículos 28, incisos 1o. y 2o.), lo que conecta con la obligación estatal normatizada en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 23, 24 y 26) —considerando 20—.

De tal cuadro normativo el tribunal desprende que el Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en orden a promover y facilitar las prestaciones de salud requeridas por la minoridad, *debe-*

259 Ya aludido en la nota 254.

res de los que no puede desligarse válidamente so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (énfasis propio), sobre todo cuanto ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño,²⁶⁰ pauta que debe ser protegida prioritariamente por todos los departamentos gubernamentales (artículo 30. de la Convención sobre los Derechos del Niño) —considerando 21—.

En un tramo sustancial de la sentencia, la Corte enfatizó que, sin perjuicio de la existencia de normativa de derecho interno por la que se creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la Ley nac. núm. 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (véase Ley nac. núm. 24.091), el énfasis puesto por los tratados internacionales en preservar la vida de los niños hace que el Estado nacional²⁶¹ no pueda desentenderse

de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación²⁶² —considerando 33—.

- 5) Creemos que la sentencia reviste gran trascendencia, pues el máximo tribunal argentino efectuó un impecable razonamiento vinculando sustanciales cuestiones como las obligaciones asumidas in-

²⁶⁰ Sobre el interés superior del menor como inevitable parámetro axiológico, véase Bazán, Víctor: “El interés superior del niño como criterio de atribución de la tenencia de los hijos”, *La ley (suplemento de derecho constitucional)*, Buenos Aires, 20 de junio de 1997, pp. 11-16; “El interés superior del niño frente al contrapunto entre los derechos de los padres biológicos y los del matrimonio que ejerce la guarda preadoptiva”, *La ley (suplemento de derecho constitucional)*, del 5 de noviembre de 1998, Buenos Aires, pp. 13-22, en específico 19 y 20; “La Corte de cara a la adopción, a los derechos minoriles y al conflicto de intereses entre los padres biológicos y el matrimonio que ejerce la guarda preadoptiva”, *Entre abogados*, San Juan, Foro de Abogados, 1998, año VI, núm. 1, pp. 67-79.

²⁶¹ Cabe recordar que la sentencia de la alzada asignó a la demandada responsabilidad subsidiaria, sin liberar de sus respectivas obligaciones legales al gobierno provincial (de Córdoba) ni a la obra social —véase, *v. gr.*, considerando 34 del fallo de la Corte—.

²⁶² Subyace en ello una clara aplicación de la pauta contenida en el citado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

ternacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y la inevitable obligación del Estado nacional de no desligarse de su deber de amparar la vida y la salud del menor, asegurando la continuidad del tratamiento contra la grave dolencia de éste (enfermedad de Kostman), en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al gobierno provincial de Córdoba ni a las obras sociales; todo lo que condujo a operativizar jurisdiccionalmente la relevante pauta que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que sumía a éste la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se salvó preventivamente en sede judicial una suerte de inminente omisión de la autoridad pública involucrada.

Ligado con ello, y para finalizar, evocaremos las enseñanzas de Schlaich que, aun cuando ceñidas al entorno alemán, exhalan una importante dosis de utilidad que excede el marco geográfico germano: los derechos fundamentales no son únicamente límites al poder del Estado, sino también una parte de la base de legitimación de éste, determinan sus deberes y hacen posible un proceso democrático.²⁶³

m. “Antonucci c/YPF y otro”²⁶⁴

- 1) En primera instancia se rechazó la demanda articulada por el actor dirigida a que se reconociera su derecho respecto de las acciones clase “C” de YPF, S. A. (Yacimientos Petrolíferos Fiscales, que en lo sucesivo se nombrará como YPF), que le corresponderían de acuerdo con el Programa de Propiedad Participada (PPP) creado y reglamentado por las Leyes nacs. núms. 23.696 (de reforma del Estado), 24.145 y concordantes. El magistrado se basó en que el

²⁶³ Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, *op. cit.*, nota 165, p. 136.

²⁶⁴ El texto del fallo y del interesante dictamen del procurador general de la nación pueden consultarse en *La ley*, Buenos Aires, diario del 10 de diciembre de 2001, pp. 1 y ss.

accionante no se encontraba en relación de dependencia en el momento de la privatización de YPF.

En segunda instancia se revocó la sentencia desestimatoria, haciendo lugar a la demanda; asimismo, y ya confirmando lo resuelto en la instancia anterior, liberó de responsabilidad en la causa a la codemandada YPF. Señaló la Cámara interviniente que la real privatización de la empresa se produjo con el decreto nac. núm. 2.778/90, por el cual se transformó la sociedad del Estado en una sociedad anónima; por tanto, y al haberse desvinculado el actor en el año 1992, resolvió que sí tenía derecho a participar del mencionado programa y luego a adquirir un porcentaje de las acciones de la empresa, condenando —en consecuencia— al Estado nacional a un resarcimiento que debía ser calculado conforme a las pautas que el propio decisorio determinaba.

Contra tal pronunciamiento, el Estado nacional articuló recurso extraordinario federal en el que —entre otras cuestiones— puso énfasis en el carácter “programático” de la Ley nac. núm. 23.696, aseverando que ella entraña un marco normativo del que se desprenden principios aplicables a la privatización, que no constituye materia justiciable, en tanto se trata de un estatuto que guía la actuación del Poder Ejecutivo, al que se encomienda la aplicación de aquél según su juicio de oportunidad y valor. Señala, asimismo, que la convalidación del pronunciamiento importaría vulnerar el principio de separación de poderes en materia de facultades propias y delegadas del Ejecutivo, lo que trasciende el interés de las partes, para proyectarse sobre el de la comunidad.

- 2) Luego de un meduloso dictamen del procurador general de la nación (cuya lectura recomendamos), la Corte —por mayoría— declaró admisible el recurso extraordinario, mas confirmó la sentencia apelada, expidiéndose el 20 de noviembre de 2001.
- 3) Sintéticamente, la cuestión a dilucidar —conectada con la naturaleza pretendidamente “programática” de la Ley nac. núm. 23.696— era a qué fecha debía existir el vínculo laboral para que los dependientes de YPF pudieran tener derecho a adquirir acciones del ente en función del PPP establecido en la ley precitada.

El voto mayoritario (suscripto por Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez), concretando una suerte de interpretación amplia

de la cuestión y trasuntando un criterio favorable a “tornar efectivos los derechos consagrados a favor de los trabajadores en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”²⁶⁵ (véase el considerando 4o.), concluyó —no sin dejar sentado previamente que la Ley nac. núm. 23.696 “no revestía carácter imperativo” (considerando 5o.)— que la literalidad de los textos reguladores del marco de propiedad participada hacen permanente referencia al empleado adquirente del ente a privatizar y no a quien reúne tal condición en un ente ya privatizado (considerando 9o.).

En la banda contraria, el voto disidente de Belluscio, Petracchi y Bossert (expidiéndose por la revocación de la sentencia apelada), expresó —en lo que aquí interesa— que la índole “programática” de la Ley nac. núm. 23.696 impide reconocer derecho de preferencia al PPP a quien cesó con anterioridad al momento de concretarse la privatización mediante el cambio en el capital de la empresa, de lo que deduce que ningún derecho consolidado pudo invocar válidamente el actor en tanto no investía, a ese momento, la calidad de empleado (considerando 11), dejando sentado que la privatización y el consecuente derecho de preferencia de los empleados a participar en dicho programa de las acciones clase “C” tuvo origen el 7 de julio de 1993 con la sanción de la Ley nac. núm. 24.145, por medio de la cual YPF, S. A. ofertó sus acciones para ser adquiridas en los mercados abiertos de valores (considerando 10).

- 4) Para concluir este breve señalamiento, pareciera que el fallo (en la concepción argumental trasuntada en el voto mayoritario) se hizo eco —aunque sin decirlo expresamente— del criterio del procurador general de la nación que en su dictamen puso de resalto que “las cláusulas programáticas poseen, al menos, una posibilidad de implementación en sus contenidos mínimos y una aptitud para servir de guía a la interpretación de la Constitución” (*cfr. idem.*, XIV), pauta hermenéutica que, de generalizarse en la percepción del máximo Tribunal Federal argentino, entrañaría una evolución cualitativa en el modo de visualizar e interpretar la vocación de operatividad de los preceptos constitucionales no obstante la inercia de las autoridades públicas encargadas de brindarles desarrollo normativo infraconstitucional.

265 Sobre el particular, reenviaba a lo resuelto en *fallos* 321:3037.

Más allá del criterio correcto trasuntado por la Corte (que denota una interesante actitud “activista”), algunas suspicaces miradas han creído percibir en el fallo una suerte de “maniobra distractiva” del Tribunal para opacar las críticas que levantó la declaración de constitucionalidad de la cuestionada Ley de Riesgos del Trabajo, plasmada en un pronunciamiento prácticamente contemporáneo a “Antonucci”.

C. Reseña de casos interesantes o curiosos que alojan cuestiones vinculadas con actividades de suplencia de las omisiones de las autoridades públicas

a. Omisiones, ¿también en el Poder Judicial?

En nuestro país se configuró una curiosa situación de la que puede extraerse que la actividad del defensor del pueblo de la nación²⁶⁶ (en adelante: D del P o el defensor) constituyó un útil instrumento (bien que indirecto) para superar una suerte de omisión inconstitucional por parte de la propia Corte Suprema de Justicia (cabeza del Poder Judicial). Veamos.

Frente a numerosas quejas recibidas en el ámbito de la D del P, dirigidas por personas jubiladas, y relativas a la demora (superior a tres años, según las propias palabras del entonces defensor) en la resolución de procesos por reajustes previsionales que se encontraban en trámite ante la Corte (afectando dicha situación a aproximadamente 65,000 causas), el *ombudsman* decidió formular una presentación ante el Máximo Tribunal (en una de las causas allí radicadas). Sustentó su reclamo en la convergencia de una virtual denegación de justicia y adjuntó copia de la denuncia que le fuera efectuada por la interesada. En síntesis, peticionó al órgano jurisdiccional que arbitrara los medios conducentes para el dictado de sentencia en el proceso en el cual la recurrente era parte. Paralelamente, la exhortó a que instrumentara los mecanismos idóneos que permitieran eliminar o disminuir los retrasos en el dictado de los pronunciamientos en los casos en los que se tramitaban reclamos previsionales.

²⁶⁶ Sobre el tema, véase para ampliar, Bazán, Víctor, “El defensor del pueblo de la nación argentina: Descripción de la figura. Actualidad. Prospectiva”, *Ius et praxis*, Chile, Universidad de Talca, año VII, núm. 1, 2001, pp. 123-182, y en la obra del mismo autor: “Diseño constitucional y legal de la figura del defensor del pueblo en el orden federal argentino”, *Breviarios de la Universidad Católica de Cuyo*, San Juan, año 8, núm. 31, 2001.

Dicha presentación fue desestimada por el Tribunal el 21 de marzo de 1995, quien en un solo considerando (tan desatinado como exiguo) sostuvo que en función de lo dispuesto por los artículos 86 de la CN y 14, 16 y 21, inciso b, de la Ley nac. núm. 24.284, modificado por la Ley nac. núm. 24.379, el D del P carece de competencia para formular exhortaciones a la Corte sobre las causas en trámite. La resolución fue emitida en autos: “Frías Molina, Nélide N. c/Instituto Nacional de Previsión Social-Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/reajustes por movilidad”,²⁶⁷ y lleva la rúbrica de los jueces Nazareno, Fayt, Belluscio, Levene (h), Petracchi, López, Bossert y Boggiano.

Como resultas de la “respuesta” de la Corte, el defensor insistió, presentándose nuevamente ante ella (el 28 de diciembre de 1995) y solicitando ser tenido como parte en todos los procesos vinculados con actualización de haberes previsionales de jubilados y pensionados radicados ante el Tribunal. Requirió, asimismo, pronto despacho en tales actuaciones y formuló reserva para acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en caso de solución desfavorable.

El *ombudsman* obtuvo un nuevo revés ante la Corte, ya que ésta concluyó (en resolutorio del 12 de setiembre de 1996, *in re*: “Frías Molina, Nélide N. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”)²⁶⁸ que aquél no está:

legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder (considerando 4o.).

Sustentó su posición en la vinculación de los artículos 16 y 20 de la ley reglamentaria del D del P, de la que extrajo que el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito competencial del defensor y que éste sí está facultado para derivar la queja a la autoridad competente (considerando 3o.). Por último, juzgó inadecuado el fundamento esgrimido por el representante (quien se basó en el artículo 43 de la CN), dado que no es precedente la asimilación pretendida respecto de derechos de incidencia colectiva en general, “habida cuenta de las particularidades de cada una de

267 El fallo puede consultarse en *La ley*, Buenos Aires, 1995, t. C, p. 357.

268 Véase *La ley*, Buenos Aires, 1997, t. A, pp. 67 y 68.

las pretensiones formuladas por los beneficiarios y de que éstos se encuentran facultados para efectuar las peticiones que estimaran procedentes ante esta Corte” (considerando 5o.). El decisorio fue firmado por los magistrados Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López, Boggiano, Bossert y Vázquez.

De cara a tal situación, en octubre de 1996,²⁶⁹ el D del P planteó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en representación de alrededor de 65,000 jubilados y pensionados beneficiarios del Sistema Previsional Argentino, cuyos derechos —sostuvo— se veían frustrados con motivo de los recursos extraordinarios articulados por un ente descentralizado del Poder Ejecutivo nacional (se refiere a la ANSeS: Administración Nacional de Seguridad Social) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación,²⁷⁰ la que —al no resolver las causas— incurría en una flagrante y ostensible denegación de justicia.

La formal denuncia fue articulada contra el Estado argentino por violación a los artículos 1o., 8o. y 25 de la CADH. Apoyó su presentación en los artículos 44, *idem.* y 26.1 del Reglamento de la Comisión y solicitó se le imprimiera el trámite previsto en los artículos 48 de la aludida Convención y 30, 34 y ccds. de dicho Reglamento.

Sustentó su legitimación para actuar en nombre de los jubilados y pensionados perjudicados, en el artículo 86 de la CN (que recepta la figura, caracterizándola como “un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad... El D del P. tiene legitimación procesal...”); además, indicó que actuaba en tutela del derecho que aquellos tienen “a un recurso sencillo y rápido” (artículo 25.1 de la CADH), mencionando que en el texto constitucional argentino se encuentra institucionalizada la representación colectiva, por parte del D del P, de todos aquellos sectores sociales que se encontraran vulnerados en sus derechos en forma colectiva como consecuencia de omisiones de cualquier

²⁶⁹ Hemos tenido a la vista una copia del escrito del defensor del pueblo, constando en el mismo que la presentación —dirigida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— está fechada el 4 de octubre de 1996.

²⁷⁰ Los mencionados recursos extraordinarios fueron interpuestos contra las sentencias de la Cámara Nacional de la Seguridad Social que había acogido estimatoriamente las peticiones de reajuste en sus haberes articuladas por numerosos integrantes del sector pasivo.

autoridad pública (*cf.* artículo 43 de la CN, cuyo párrafo segundo —que prevé el *amparo colectivo*— acuerda legitimación al afectado, al D del P y a las asociaciones registradas conforme a la ley).

Expuso que se trataba de una “colmena de perjudicados”, o sea, de una dimensión social que solidariamente abraza intereses ajenos pero similares vinculados a una categoría o grupo sociales, encontrándose afectado el derecho a la dignidad de la vida.

Citó jurisprudencia de la Corte argentina contraria al acaecimiento de la denegación de justicia; relató las presentaciones formuladas por el defensor ante al Máximo Tribunal nacional y las “respuestas” obtenidas; secuenció diversos casos de órganos jurisdiccionales argentinos en los que se admitió la legitimación procesal del D del P; reiteró que el objeto de la presentación radicaba en “impedir una efectiva denegación de justicia”; advirtió que, si bien la Corte Suprema no se encuentra sometida a los plazos procesales ordinarios (según ella misma ha interpretado reiteradamente), los artículos 8 y 25 de la CADH (que recepta jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inciso 22, de la CN) reconocen el derecho de las personas a ser oídas en un plazo razonable y que sus recursos sean resueltos de forma sencilla y rápida; y reseñó precedentes jurisprudenciales del Supremo Tribunal nacional que, aludiendo a órganos jurisdiccionales inferiores, hizo lugar al retardo de justicia que se denunciaba, con lo que el defensor concluyó que si tal es el entendimiento de la Corte en relación con dicho retraso de otros tribunales, “cuánto más deberá aplicar esa doctrina a su propio desenvolvimiento, pues mayor es su obligación institucional en tal sentido”.

Por lo demás, acreditó el cumplimiento de los requisitos formales anejos a toda presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; ofreció prueba documental; concretó las autorizaciones en favor de quienes lo estaban para representarlo ante la Comisión; peticionó que se realizaran las gestiones y se tomaran las resoluciones convenientes para obtener de parte del gobierno argentino y, subsecuentemente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “una inmediata resolución en los recursos extraordinarios cuya situación de irresolución” denunciaba; por último, y para el caso de que no se obtuviera respuesta efectiva como consecuencia de lo expresado en forma inmediatamente precedente, requirió de la Comisión que otorgara intervención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*cf.* artículos 61, 48 y 50 de la CADH y 47 del Reglamento de la Comisión).

Como resultas de su actuación, y aun cuando la Comisión no se expidiera, el propio Maiorano²⁷¹ (entonces D del P de la nación) manifestó que:

dos meses y dieciocho días después de aquella presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de mi país resolvió una actuación de aquellas que se encontraban pendientes, sentando un criterio válido para las 65,000 restantes. Acogió las pretensiones de los actores e hizo lugar a los reajustes pretendidos.²⁷² Como lo sostengo en el Informe Anual de la Institución correspondiente al año 1996, hoy podemos exhibir, con legítimo orgullo, nuestra contribución a la solución del problema planteado desde hacía cuatro años.

El caso relatado bien puede ser recordado como un modo indirecto de urgir un pronunciamiento jurisdiccional, para salvar una omisión anti-constitucional, a través de la excitación por parte del *ombudsman* de un resorte transnacional de protección de los derechos humanos.²⁷³

b. La cuestión de la “autonomía universitaria” o de cuando la detección de una presunta omisión “inconstitucional” no fue, precisamente, bienvenida

- 1) Tomaremos la causa “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación”²⁷⁴ (que involucraba a la Universidad Nacional de Córdoba) a modo de caso testigo, sin perjuicio de mencionar que en la misma fecha en que aquélla fue resuelta (27 de mayo de 1999), la

271 Véase Maiorano, Jorge L., por ejemplo en: “Administración de justicia y defensor del Pueblo”, *Memoria del II Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo*, Toledo, 14-16 de abril de 1997, p. 301; “Defensoría del Pueblo de la Nación (camino se hace al andar...)”, *La ley*, Buenos Aires, 1997, t. E, p. 1593.

272 Suponemos que alude al caso “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja nacional de previsión para el personal del Estado y servicios públicos”. La sentencia fue emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 27 de diciembre de 1996 (véanse *fallos* 319:3241).

273 Para compulsar las dispares interpretaciones doctrinarias que generara la actitud del D. del P. a partir de su decisión de acudir a una instancia internacional denunciando al Estado argentino, véase Bazán, Víctor, “El defensor del pueblo de la nación argentina...”, *op. cit.*, en especial, pp. 152-155.

274 Véase el texto completo del fallo en *La ley*, Buenos Aires, 1999, t. E, pp. 254 y ss. Ante la Corte, la carátula de la causa era: “E, 65, XXXII. Estado nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación Estatuto UNC —artículo 34, ley 24.521—”.

Corte decidió también otras vinculadas con la problemática central de la autonomía universitaria.²⁷⁵ Nos referimos a: “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación c/Universidad Nacional de Luján”²⁷⁶ y a la núm. “M, 2033, XXXII: Ministerio de Cultura y Educación s/observa estatuto de la UNS (artículo 34, Ley 24.521)”.

- 2) Ingresando en el caso que nos convoca, cabe señalar que la sentencia de la Sala “B” de la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Córdoba hizo lugar a las observaciones formuladas en los términos del artículo 34 de la Ley nac. núm. 24.521 (de educación superior) por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, por considerar que el artículo 82 del estatuto universitario resultaba violatorio del artículo 75, inciso 19,²⁷⁷ de la CN y, en consecuencia, también lo era del artículo 59, inciso c, de la precitada ley que lo reglamenta, ya que al imponer la gratuidad absoluta de la enseñanza *omite* considerar el principio de equidad establecido expresamente en la norma constitucional.
- 3) Contra dicha sentencia, la Universidad Nacional de Córdoba (en adelante: UNC) interpuso recurso extraordinario. El Tribunal, por mayoría, hizo lugar al mencionado recurso, entendió admisible la observación formulada por el Ministerio prealudido —en los términos del artículo 34 de la Ley nac. núm. 24.521— al estatuto expedido por la UNC, y confirmó la sentencia apelada.

A) El detalle de los votos fue el siguiente: la mayoría quedó integrada con Nazareno, Moliné O’Connor, López y Boggiano;

²⁷⁵ La problemática de la autonomía universitaria quedó literalizada en la ley fundamental, al influjo de la reforma de 1994, en el artículo 75, inciso 19.

²⁷⁶ Puede consultarse dicho pronunciamiento en *La ley, op. cit.*, nota 273, pp. 384 y ss.

²⁷⁷ Para un mejor entendimiento de la cuestión, valga recordar que el artículo 75 (que establece las atribuciones del Congreso de la nación), en su inciso 19, párrafo 3o. —tramo que aloja la cuestión que aquí interesa— determina que corresponde a tal órgano “sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y *que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*” (el énfasis, que debe atribuírse nos, ha sido colocado *ex professo* para llamar la atención acerca del directo punto en discusión en el fallo de la Corte).

por su voto, lo hizo Vázquez (concurriendo, por sus fundamentos, a la decisión mayoritaria); ya en disidencia, conjunta, lo hicieron Belluscio, Petracchi y Bossert, y en voto disidente individual se expidió Fayt.

- B) Sintéticamente presentado, el voto mayoritario, consideró que correspondía esclarecer si la no inclusión del término “equidad” en los estatutos universitarios vulneraba el artículo 75, inciso 19 (considerando 6o.), concluyendo que tanto del texto constitucional cuanto de la intención del constituyente de 1994 surge que la reforma ha introducido nuevos conceptos en materia de educación que se incorporan como principios rectores: gratuidad y equidad, solidaridad, igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y educación de alta calidad (considerando 9o.).

Entendió, además, que por mandato constitucional la gratuidad de la enseñanza universitaria conlleva el principio de equidad, principios —ambos— que juegan en absoluta armonía, no actúan en compartimentos estancos ni deben entenderse excluyentes sino recíprocamente complementarios (considerando 10).

Asimismo, y entre otras consideraciones, juzgó que en el financiamiento de la educación universitaria deben contemplarse ambos principios (considerando 19), porque la obligación de asegurar la tendencia progresiva hacia la gratuidad no implica la obligación estatal de financiar íntegramente el funcionamiento y las necesidades de las universidades nacionales, razón por la cual, nada empece a que se sufrague parte de aquellos gastos con la contribución de estudiantes que se hallen en condiciones de hacerlo (considerando 20).

En resumen, entendió admisible la observación formulada por el organismo ministerial ya que estimó que era obligatorio incluir los principios de gratuidad y equidad en los estatutos universitarios.

- C) Por su parte, el voto disidente de Belluscio, Petracchi y Bossert, enfatizó —entre otras consideraciones— que “no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto y, por tanto, debe descartarse por inadmisibles la interpretación que anule una de ellas o ponga en pugna unas con otras (doctrina de *fallos* 311:460, y otros)” —conside-

rando 8o.—, añadiendo que el pronunciamiento judicial que ordena la reforma del artículo 82 de los estatutos de la UNC:

incurre en una inadmisibile intromisión en el ámbito de las facultades de esa casa de altos estudios puesto que no se advierte que ese cuerpo normativo, aprobado con posterioridad a la vigencia de la ley de educación superior, se aparte de las directivas de la ley de base ni, menos aún, del espíritu o de la letra de la reforma constitucional.

Es decir, en otras palabras aquellos estatutos son perfectamente compatibles con los principios de gratuidad y equidad tutelados por la CN (considerando 12).

D) En consecuencia, Belluscio, Petracchi y Bossert propugnaban declarar procedente el recurso extraordinario y revocar parcialmente la sentencia apelada en cuando había ordenado la adecuación del artículo estatutario 82 de la UNC al artículo 75, inciso 19, párrafo 3o., de la CN; solución que resultaba coincidente con la posición asumida por el restante ministro disidente, nos referimos a Fayt, aunque los fundamentos de éste fueron más breves que los expuestos por aquellos magistrados.

4) El fallo, por cierto en su composición mayoritaria, recibió duras críticas de la doctrina especializada.

Así, Bidart Campos entendió que el razonamiento argumental le parecía “engorroso, ambiguo (y) falta de claridad”; además de juzgar “inverosímil” que el planteo haya tenido causa en la tan “estéril” imputación efectuada al estatuto en el sentido de omitir la alusión a la equidad, bajo el pretexto de que “no puede dejarse en manos de directivos venideros la interpretación de la CN y menos aún las disposiciones que la violen” (considerando 2o., parte *in fine*, del voto mayoritario).²⁷⁸ El autor citado centra su crítica en dos razones que considera elementales: por un lado, que la supuesta omisión carece de trascendencia porque lo que está dicho en la Constitución no requiere, ni menos exige, ser repetido en normas

²⁷⁸ Bidart Campos, Germán J., “El fallo de la Corte Suprema sobre el Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba”, *La ley, op. cit.*, nota 273, p. 254.

infraconstitucionales; por otro, que si el propio fallo —en su considerando 7o. de la mayoría— recuerda que la función judicial no se agota con el examen de la letra de los preceptos, cualquier interpretación “medianamente lúcida” del estatuto podía conducir a comprender que la inserción o la ausencia de una palabra (equidad) nada añade ni quita toda vez que ese mismo vocablo figura en el artículo 75, inciso 19 de la CN.²⁷⁹

A su tiempo, Quiroga Lavié señaló que en el fallo bajo comentario (y en el proferido en “Ministerio de Cultura y Educación de la Nación c/Universidad Nacional de Luján”) la Corte ha sentado un muy negativo precedente de activismo judicial en materia legislativa impropio de nuestro sistema republicano de gobierno; el tratadista citado inquiriere:

¿Qué le pidió el Poder Ejecutivo a los jueces de la nación? Pues no otra cosa que legislaran frente a la omisión de la Asamblea Universitaria cordobesa de no haber incluido en los estatutos universitarios, a la par de la gratuidad, el postulado constitucional de equidad, como si ello estuviera ordenado, en forma imperativa, por la Constitución y por la Ley de Educación Superior 24.521. Lo sorprendente es que, superando todo pronóstico, la Corte hizo lugar a la pretensión del Ejecutivo, convirtiéndose en un poder legislativo por omisión, y no vaya a pensarse que solamente en relación con la Universidad de Córdoba, sino en relación con todas las universidades nacionales del país.²⁸⁰

A modo de aclaración, debemos advertir que no es justo ver en Quiroga Lavié a un detractor del control de constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales, posibilidad por la que se ha expedido favorablemente²⁸¹ (incluso dando a entender que la misma se habría institucionalizado con la reforma constitucional de 1994),²⁸² sino más bien se intuye en sus palabras

279 *Idem.*

280 Quiroga Lavié, Humberto, “La autonomía universitaria desde la mira de la Corte Suprema”, *La Ley, op. cit.*, nota 273, p. 385.

281 Véase, por caso, Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel A. y Cenicacelaya, María de las N., *Derecho constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, pp. 563-565.

282 Por ejemplo, el mencionado autor ha dicho que “el nuevo texto constitucional viene a dar satisfacción en el derecho positivo argentino a una añeja reclamación de la doctrina nacional..., cual es la de la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión”, véase: “El amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus* en la Constitución nacional”, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 118.

una fuerte indignación por lo que considera como la supresión de la autonomía universitaria.²⁸³

Sea como fuere, y más allá del caso puntual, sería muy útil y valioso que la Corte inoculara en todos sus pronunciamientos el activismo judicial trasuntado en la causa *sub examine* y se dispusiera a controlar con igual énfasis las reiteradas omisiones inconstitucionales que se verifican en los respectivos ámbitos de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

c. Una hipótesis de inconstitucionalidad sobreviniente sin corrección, hasta el momento, por la Corte Suprema

1) *Planteo de la cuestión.*

Hemos considerado conveniente incluir en el presente muestreo a un caso resuelto por la Corte, en el que se deja al desnudo lo que —consideramos— constituye una visión anacrónica en tanto se abstuvo, a pesar de algunas notables disidencias, de adentrarse en la cuestión del desfase del artículo 259 del Código Civil²⁸⁴ (texto según la Ley nac. núm. 23.264 de 1985) *vis à vis* la reforma constitucional de 1994, que —como mencionamos reiteradamente— adjudicó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, en consecuencia, valen tanto como la propia carta fundamental.

La cuestión en análisis involucra interesantes aspectos relacionados con la inconstitucionalidad sobreviniente o sobrevenida de una norma pre reforma constitucional de cara al nuevo texto ya enmendado; la temática de las normas de prognosis, y entre otras múltiples cuestiones, la de la

283 Al respecto, expresa textualmente: “El fallo de la Corte..., al tratar en forma indistinta el ejercicio de una potestad discrecional, como si fuera equivalente a una imperativa, produce el inequívoco efecto de suprimir la autonomía universitaria...” —énfasis añadido—, *op. cit.*, nota 273, p. 386.

284 Tal norma dispone: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

“En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

posible corrección que —en uso de un saludable activismo judicial— podría implementarse para salvar ciertas omisiones inconstitucionales.

Por cierto, la problemática en examen nos vinculará con la legitimación activa para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y la exclusión normativa que padece la madre del menor para incoarla, en el marco del criterio actualmente defendido —mayoritariamente— por el Máximo Tribunal argentino y plasmado en el caso “D de P V, A v O, C H”, que pasamos a reseñar.²⁸⁵

2) *El caso*

A) *El recurso extraordinario articulado*

En la mencionada causa,²⁸⁶ las instancias de mérito, fundándose en el artículo 259 del Código Civil (en adelante CC), resolvieron hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la madre para articular, por derecho propio, la acción de impugnación de paternidad matrimonial.

Contra tal decisorio, la progenitora interpuso el recurso extraordinario federal, fundándose en que la limitación contenida en la precitada norma del CC —que no incluye a la madre del niño entre los legitimados activos para articular la acción de impugnación de paternidad matrimonial— violenta los artículos 1o.; 17, inciso 4o.; 19 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDICM) y 2o.; 7o.; 8o., inciso 1o.; 12, inciso 1o. y 18, inciso 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Alega, además, que el fundamento que se atribuye a la prohibición de legitimación activa de la madre (y que radica en que lo contrario importaría reconocer su propio adulterio) no es invocable frente a la clara obligación de las autoridades de atender al interés superior del niño.

El procurador general de la Corte, con sólidos fundamentos, dictaminó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y declarar la inconstitucionalidad del artículo 259 del CC en tanto veda el

²⁸⁵ Para ampliar puede consultarse el trabajo de Bazán, Víctor: “¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?”, *Revista de Derecho Procesal (procesos de Familia)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, en prensa.

²⁸⁶ *Fallos* 322:2701.

ejercicio a la esposa de la acción de impugnación de la paternidad. En consecuencia, propiciaba la revocación de la sentencia de la anterior instancia que desconocía a la actora la legitimación para promover este tipo de procesos.

La Corte se expidió el 1o. de noviembre de 1999.²⁸⁷ La composición de los votos para dirimir el recurso intentado, en el seno del Alto Tribunal, fue la siguiente: la mayoría estuvo integrada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio y Boggiano. Existió una disidencia conjunta de Petracchi y Bossert y un voto disidente individual de Vázquez.

B) *La percepción de la mayoría del Tribunal*

La mayoría triunfante, separándose del dictamen del Procurador General de la Corte, optó por confirmar la sentencia resistida. La trama argumental que la condujo a tal conclusión, puede ser sintetizada del siguiente modo. Que:

la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —artículo 3.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los niños, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo obviamente a esta Corte..., a la cual corresponde, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que el país

²⁸⁷ Cabe destacar que en idéntica fecha, la Corte resolvió la causa “O. 28. XXXII, Recurso de hecho, ‘O., S. A. c/O., C. H.’” (vinculada con la sentencia que motiva la referencia y el comentario del texto: “D. de P. V., A. v. O., C.H.”), en la que mayoritariamente (Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano) decidió hacer lugar a la queja del asesor de menores, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia impugnada (que había dejado sin efecto la designación de tutor especial efectuada por el magistrado de primera instancia y negado legitimación activa al Ministerio Pupilar para deducir la acción de impugnación de la paternidad sobre la base de la representación promiscua que le atribuía la ley) y disponer que el juez de primera instancia “deberá dar intervención al menor a fin de que ratifique la demanda establecida por el Ministerio Pupilar o la desista, sin perjuicio de la representación promiscua que deberá continuar ejerciendo dicho Ministerio”. En voto conjunto, Bossert y Vázquez, se separaron de la solución mayoritaria, al propiciar (a diferencia de ésta) que la acción “deberá ser continuada por el menor S. con la asistencia del tutor designado y del Ministerio Pupilar conforme a la ley”.

está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (considerando 5o.).

Que si bien los tratados internacionales sobre derechos humanos invocados por la recurrente no gozaban de jerarquía constitucional en octubre de 1985 (fecha de promulgación de la Ley 23.264,²⁸⁸ que introdujo notables reformas en materia de filiación y dio la redacción actual al artículo 259 del CC), obligaban internacionalmente al Estado nacional y prevalecían sobre el derecho interno (considerando 6o.); por tanto —razonan— a dicha fecha los legisladores conocían los límites impuestos por los tratados internacionales vigentes, empero de la discusión parlamentaria que precedió a la sanción de la aludida normativa no surge preocupación alguna sobre el ejercicio de algún derecho propio de la mujer, sino sólo la conveniencia o inconveniencia de su eventual actuación en representación del hijo durante su minoridad, con lo que —colige el voto mayoritario— “la reforma legislativa tuvo como consideración primordial el valor que apreció como el más beneficioso para el hijo, esto es, el conocimiento de su identidad biológica permitiéndole el desplazamiento en todo tiempo de una filiación no acorde con el lazo biológico, superando incluso los límites éticos (*cf.* antecedentes parlamentarios de la ley 23.264, Cámara Diputados Nacional, 1985, reunión 46, p. 7578)” (considerando 7o.).

En cuanto al inciso d, párrafo 1o., del artículo 16 de la CETFDCM (invocado por la actora), la acción que la ley argentina atribuye al marido y no a la esposa y madre del niño, está evidentemente relacionada con el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad, derecho este último que —aun cuando no absoluto— goza de jerarquía constitucional (considerando 12); además, puso énfasis (con cita doctrinaria y de la OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en afirmar que el principio de igualdad de todas las personas ante la ley es “el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” y que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio ya que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana (considerando 13).

A las precedentes consideraciones anuda que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los

parámetros señalados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común, lo que conduce a la mayoría a aseverar que “la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias” (considerando 14), extrayendo que el artículo 259 del CC no se funda en un “privilegio masculino” sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal —que, obviamente, no pesa sobre la mujer ya que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (artículo 242, *idem.*)— para que pueda desligarse de las obligaciones de una paternidad que le es ajena (*idem.*, considerando).

Entiende que la presunción de paternidad legítima no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, “sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio” (considerando 15). Afirma, además, que de la tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares (de acuerdo con la ponderación realizada por el Poder Legislativo de la nación) surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad, que quedara consagrada por la reforma de la Ley nac. núm. 23.264 (*idem.*, considerando).

Añade que una distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el Poder Legislativo de la nación, pero —de *lege lata*— cabe concluir que el artículo 259 del CC: “satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional” (considerando 17).

Finaliza afirmando que:

en el derecho vigente actualmente en la República, la negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de la paternidad no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo (considerando 18).

C) *La disidencia de Petracchi y Bossert*

Distanciándose del criterio mayoritario, Petracchi y Bossert propiciaban, de conformidad con lo dictaminado por el defensor oficial y el Procurador General,²⁸⁹ declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y rechazar la excepción de falta de legitimación interpuesta por el demandado. En sustento de su voto sostuvieron:

Que la consideración primordial del interés del niño (artículo 3.1 de la CDN) impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo obviamente a la Corte (*fallos* 318:1269, especialmente considerando 10) (considerando 5o.).

En el considerando 7o. expresan que el artículo 16, inciso d, de la CETFDCM establece específicamente que los estados partes asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, norma que es inmediatamente operativa ante una situación de la realidad como la planteada en autos, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (*fallos* 315:1492, considerando 20). Adunan que al encontrarse aquella Convención entre los tratados humanitarios modernos, sus cláusulas gozan de la presunción de operatividad y los derechos que establecen pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna, lo que se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos (*fallos* 315:1492, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, considerando 15).

Indican que, aun cuando el artículo 259 del CC no niega expresamente la legitimación de la mujer, la Corte ha señalado que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria,

289 Si bien Petracchi y Bossert (y, a su tiempo, también Vázquez) dijeron que la solución que propiciaban coincidía con lo dictaminado por el procurador general, cabe apreciar que —a diferencia del dictamen de éste— el voto de aquellos magistrados no incluía —al menos expresamente— la declaración de inconstitucionalidad del artículo 259 del CC por vedar el ejercicio a la esposa de la acción de impugnación de la paternidad (véase en *fallos* 322:2719, la parte in fine del dictamen del procurador general de la Corte).

cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento; situaciones, ambas, que resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado, por lo que significarían el incumplimiento o la repulsa de éste, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse (*fallos* 315:1492, considerando 16).

Puntualizan que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin de la Convención deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales, por lo que puede el Tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por aquélla, se ejercerá en el caso concreto (*fallos* 315:1492, considerando 22).

Por otra parte, ponen de manifiesto que la determinación de la filiación constituye para la madre una de las “materias relacionadas con sus hijos” a las que alude la Convención, siendo evidente que ella y su marido —de acuerdo con la limitada legitimación acordada por el artículo 259 del CC— no encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad, dado que la madre no puede impugnar la presunción de paternidad que la ley asigna a su marido, mientras que éste puede hacerlo tanto respecto de su paternidad como de la maternidad de su mujer (considerando 8o.).

En el considerando 9o. acotan que constituye doctrina de la Corte considerar que son válidas las distinciones normativas para supuestos que se estimen diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe una ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, con la consecuencia de que se excluya a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; doctrina a la luz de la cual —siempre según el voto de Petracchi y Bossert— el no reconocimiento de la acción de impugnación a la madre —en las condiciones de autos— resulta arbitraria por carencia de fundamento válido y, por tanto, discriminatoria.

Señalan que el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien —considera— no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo con el padre biológico, se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo y en los múltiples y variados aspectos de la vida de éste en los que se interrelacionan la voluntad y los actos de ambos progenitores, además de que pretender escindir los dos vínculos de filiación (el de cada progenitor y el hijo), como si se tratara de entidades ajenas y desprovistas de interdependencia, para así negar interés legitimante a la madre actora,

significa desconocer el aspecto básico, el más elemental, de la vida de familia.

Concluyen afirmando que la ponderación realizada por el legislador en el artículo 259 del CC sobre lo que resulta conveniente para mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, negando acción a la madre, representa una actitud discriminatoria contra quien tiene un interés jurídico para accionar, en el sentido de acomodamiento a las normas constitucionales de jerarquía superior.

Acotan que la identidad y la conveniencia del menor, protegidas por normas de las convenciones con jerarquía constitucional, sólo hallan plena tutela a través del reconocimiento de la acción a la madre, ya que puede ser ejercida aun antes de que el niño cuente con discernimiento para actos lícitos (artículo 921 del CC) y el desarrollo de su personalidad, el uso del nombre que realmente le corresponde, su vida familiar, afectiva y social, obtienen incuestionable beneficio si la desvinculación con quien no es su padre biológico sucede en la infancia, posibilitándose —como pretende la actora en autos— el establecimiento del vínculo con el verdadero padre (considerando 10).

Exponen, además, que negar acción a la madre implica sostener una ficción, desde que la acción del hijo normalmente sólo podrá fundarse en el conocimiento de los hechos que la madre posee, dependiendo —entonces— la acción de la decisión de la madre que proporciona los elementos para actuar (considerando 11).

Previo a citar algunos casos en el derecho comparado de países de cultura jurídica afín que reconocen a la madre la acción de impugnación discutida en la causa (considerando 13),²⁹⁰ destacan que no es argumento válido para justificar la discriminación en que incurre el artículo 259 del CC, sostener que resulta inadmisibles la invocación por la mujer de su propia torpeza, quien al impugnar la paternidad del marido reconoce haber cometido adulterio, ya que —más allá de que el hijo pudo haber sido concebido antes del matrimonio— debe tenerse presente que el adulterio —como cualquier otra injuria— puede tener consecuencias en las relaciones per-

²⁹⁰ Concretamente, la referencia apunta al artículo 235 del CC italiano; al artículo 136 del CC español; y al artículo 318 del CC francés, aunque con la salvedad de que éste sólo admite que la acción se promueva tras la muerte del marido o el divorcio y exige que se acumule la acción de legitimación de la madre y su nuevo marido, evitando así el desfavor en que se encuentra, en el derecho francés, el hijo adulterino en materia sucesoria.

sonales de los cónyuges mas no enervar el derecho de la mujer a la no discriminación y el derecho a la protección de la identidad del menor contemplado en el artículo 8o. de la CDN (considerando 12).

D) *El voto disidente de Vázquez*

Por último, Vázquez coincidió con la decisión final que postulaban Petracchi y Bossert, mas recorrió una línea argumental un tanto diversa de la discurrida por éstos. Veamos:

En efecto, comenzó afirmando que el principio sentado en el artículo 3o. de la CDN (consideración primordial al interés superior del niño) condiciona las decisiones de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo obviamente a la Corte (*Fallos* 318:1269) —considerando 5o.—, por lo que —a su criterio— correspondía analizar si la omisión del artículo 259 del CC acerca de la posibilidad de la madre de impugnar la paternidad de su marido, va en desmedro del interés superior del hijo, examen para el que debe recurrirse al marco ético y de valores de la CDN (*fallos* 322:1349, voto de Vázquez) —considerando 6o.—

De tal compulsula, Vázquez concluye que el artículo 259 del CC contradice los artículos 8o., parágrafo 1o. y 7o., parágrafo único, de la CDN; además, descarta el argumento doctrinario que sostiene que la omisión normativa se justifica porque se trata de uno de esos casos en que el derecho a la identidad reconoce sus límites en pos de que no se lesione la unidad familiar, al afirmar que el sentido común indica que si la madre decide actuar es porque existe una ruptura en la comunidad de vida y un interés aun mayor que la impulsa a echar por tierra una ficción al intentar dar a su hijo su verdadero emplazamiento filial. También rechaza la explicación según la cual no se le acuerda legitimación activa a la mujer porque ello traería aparejado el reconocimiento de su infidelidad y nadie puede beneficiarse de una acción alegando su propia torpeza, ya que —en la visión del juez disidente— el actuar de la madre apunta al hijo, no a la obtención de un rédito personal (considerando 7o.).

Ya desde otro perfil, señala que el artículo 16, inciso d, de la CETFDCM es operativo cuando puede actuar inmediatamente ante situaciones de la realidad —como la planteada en autos—, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (*fallos* 320:2948; 321:885, voto de Vázquez; 321:2314, disidencia de Vázquez, y sus citas con remisión a

315:1492, entre otros). Añade que si bien el artículo 259 del CC no niega expresamente la legitimación de la mujer, la Corte ha dicho que la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento (*fallos* 315:1492) —considerando 8o.—.

Pone énfasis en aseverar que el artículo 259 del CC que sólo da al marido la posibilidad de buscar la verdad y la obstaculiza a la madre, afecta la garantía de igualdad dado que la filiación es una materia que obviamente atañe a los hijos, por lo que —de acuerdo con la CETFDCM— ambos progenitores deben tener y tienen iguales responsabilidades respecto de ellos y un trato diferenciado deparado a los padres pone de resalto la falta de reconocimiento de la norma acerca de que ellos ocupan el mismo lugar e idéntica posición en el ámbito familiar (considerando 9o.).

Por último, sostiene que en el *sub lite* la acción de la madre tuvo lugar con posterioridad al surgimiento de una crisis matrimonial que afectó profundamente la vida familiar y que de las condiciones en que aquélla planteó la impugnación se aprecia que el objetivo perseguido no es otro que clarificar definitivamente la verdadera identidad de su hijo a través de la concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico (considerando 10).

3) *Desfase del artículo 259 del CC frente al texto y al espíritu constitucionales, posreforma de 1994*

En el caso particular, el artículo 259 del CC (texto según la Ley nac. núm. 23.264), en tanto no incluye a la madre del menor en su lista de legitimados activos para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, habría quedado desfasado *vis a vis* la nueva preceptiva constitucional diseñada por conducto de la reforma de 1994 y la adjudicación de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, todo lo que deja al desnudo la insuficiencia normativa del citado precepto del CC y, por ende, su incompatibilidad con el cuerpo y el alma de la Constitución.

Se estaría ante la presencia de un caso de *inconstitucionalidad sobreviniente* o, *mutatis mutandi* y en la terminología de Sagüés, de un supuesto de *derogación por superación normativa*.²⁹¹

Permitásenos una digresión para intercalar algunas enseñanzas de Rolla sobre el particular, que resultan útiles no obstante las obvias diferencias contextuales existentes entre los ejemplos que reproduce y el caso argentino. Dicho autor precisa que diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales incompatibles, recurriendo —sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona— a la noción de “inconstitucionalidad sobrevinida”.²⁹² El aludido doctrinario cita los ejemplos de la República Federal Alemana, cuyo artículo constitucional 123 establece que las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag permanecen en vigor siempre que no sean incompatibles con la ley fundamental; de Italia, donde el juez constitucional admitió —desde su primera sentencia en 1956— su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional; y España, contexto en el cual el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad sobrevinida de la última de las nombradas, invalidándola; además, y sin abandonar el marco del derecho español, pone de manifiesto que el Tribunal también ha consentido que el juez ordinario pueda no aplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.²⁹³

De regreso de la digresión, y específicamente en la hipótesis del artículo 259 del CC, nos parece que no operaría una derogación automática íntegra del mismo, sino en la medida (y en la porción) que aquél resulte contradictorio con la nueva preceptiva constitucional. Así lo ha resuelto la Corte Suprema, ejemplificativamente, en *fallos* 213:185 y 461, 215:161, 217:456 y 223:156, puntualizando que las leyes anteriores a una

291 Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, p. 83.

292 Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Serie Ensayos Jurídicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 7, 2002, p. 164.

293 *Ibidem*, pp. 164 y 165.

reforma constitucional no son automáticamente derogadas por ésta, en tanto no sean contradictorias con sus disposiciones.

A nuestro entender, la estrechez normativa que en materia de legitimación activa ofrece la citada cláusula del CC, no acordándose a la progenitora para deducir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (omisión preceptiva solidificada por la visión hermenéutica conservadora de la decisión mayoritaria de la Corte), resulta inconstitucional, no sólo por colisionar con cláusulas expresas de ciertos tratados internacionales con alcurnia constitucional (v. gr., el artículo 16, inciso 1o., apartado d, de la CETFDCM y los artículos 2o., inciso 1o.; 3o., inciso 1o.; 4o.; 7o., inciso 1o.; 8o. y 12 de la CDN), sino por contradecir otros preceptos de la carta magna (por ejemplo, el artículo 75, inciso 23).²⁹⁴ En tal contexto, violenta la garantía de igualdad de hombre y mujer (en el caso, en sus respectivos roles de marido y mujer o pretendido —aunque no real— padre y madre), deviene discriminatorio contra la mujer y desplaza hacia cuestiones tangenciales el verdadero centro de gravedad del problema: la imprescindible consideración del interés superior del niño y la necesidad de lograr la coincidencia —en la medida de lo posible— de la realidad jurídica con la realidad biológica en cuanto al emplazamiento del menor y de garantizar la búsqueda de su verdadera identidad.

En tal sentido, acordamos con las expresiones de Bidart Campos cuando afirma que la lectura de la decisión mayoritaria de la Corte convence una vez más acerca de que cuesta inocular en nuestros medios jurídicos —judiciales y no judiciales— la noción clave que supone que *la legitimación procesal es un problema constitucional* que la ley no puede resolver a su criterio, porque si no se asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamiento, se dilapidan todas las prédicas referidas a los derechos humanos.²⁹⁵ Más adelante, el maestro concluye categórica-

²⁹⁴ En el tramo que aquí interesa (párrafo 1o.), dicha norma estatuye que corresponde al Congreso de la nación “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

²⁹⁵ Bidart Campos, Germán J., “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?”, *La ley*, Buenos Aires, t. 2000-B, p. 22.

mente aseverando que *las leyes que niegan la legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son inconstitucionales*²⁹⁶ (en todos los casos, el énfasis corresponde al original).

En dirección afín, resta acotar que la Constitución, reforma de 1994 mediante, es ley axiológicamente superior y cronológicamente posterior al artículo 259 del CC, lo que claramente determina la prevalencia de aquélla sobre éste. Por lo demás, no es dable soslayar que el hecho de propiciar una visión amplia en materia de legitimación no conduce ineludiblemente al acogimiento de la sustancia del reclamo, es decir, no constituye garantía de éxito en la postulación, sino, y simplemente, garantía de acceso a la justicia. Luego, el juez interviniente meritara, sobre la base de las particularidades de la causa y la prueba rendida, la solución que —en definitiva— mejor se compadezca con el interés superior del menor.

Gutiérrez sintetiza su posición al respecto aseverando que se produce una incompatibilidad entre nuestra ley interna (artículo 259 del CC) y los tratados internacionales ratificados por nuestro país, que han quedado equiparados al propio texto constitucional en cuanto a su jerarquía, por lo que —acota— si se presentara un conflicto en el que quedaran enfrentados dos valores jurídicamente protegidos como son el derecho a la identidad del niño y la protección de la paz familiar, cabe dar prevalencia a los derechos del niño y toda solución contraria sería inconstitucional, al igual que toda norma interna que discrimine a la mujer en sus derechos tiene que correr la misma suerte.²⁹⁷ Añade que la igualdad entre ambos progenitores y la defensa del derecho a la identidad del niño permiten a la madre, por sí y en representación del hijo menor impúber (y al padre biológico —con alguna salvedad—) impugnar la paternidad del marido de la madre.²⁹⁸

Como quedara expuesto, la omisión del legislador en complementar el artículo 259 del CC, adecuándolo a los actuales lineamientos constitucionales y acordando legitimación a la madre, provoca que la citada norma del plexo normativo civil haya quedado desfasada como consecuencia de circunstancias sobrevinientes (la reforma constitucional), deviniendo parcialmente anacrónica y, por lo tanto, disvaliosa de cara a la exigencia de

²⁹⁶ *Idem.*

²⁹⁷ Gutiérrez, Delia M., “Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima”, *Derecho de Familia-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 77.

²⁹⁸ *Idem.*

un tratamiento igualitario entre hombre y mujer y a la trascendente obligación de garantizar una consideración primordial en pro del interés superior del menor.

Sentado lo precedente, estimamos que la Corte dejó escapar una valiosa ocasión (ojalá que en el futuro vuelva sobre sus pasos) para subsanar judicialmente la situación discriminatoria y anticonstitucional generada por la norma desfasada. En efecto, por caso, pudo haber recurrido al dictado de una sentencia con “efectos aditivos”, declarando la inconstitucionalidad sobreviniente del precepto (no en razón de lo que dice, sino en punto a lo que no dispone) y enmendando la omisión del legislador en *actualizarlo o corregirlo* (sin perjuicio de que éste, en el futuro, pueda *aggiornarlo*).²⁹⁹ En un contexto con una magnitud tal que imponga al legislador el deber de adecuación normativa como consecuencia de la modificación de las circunstancias determinantes de la cláusula en cuestión o de corrección de los supuestos de prognosis errónea, la omisión no estaría ya centrada en la ausencia de la norma, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento de la existente, lo que se hace más notorio en una hipótesis como la de autos, en cuyo marco tales carencia o déficit de perfeccionamiento asumen particular importancia jurídico-constitucional porque de ellos ha resultado una situación contraria a la Constitución que obstaculiza la efectivización de derechos fundamentales conectados con eminentes valores prohijados por la ley fundamental.

2. En los órdenes provincial argentino y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A. Prescripciones constitucionales expresas sobre inconstitucionalidad por omisión

a. La Constitución de la Provincia de Río Negro y un caso de inclusión explícita de la acción de inconstitucionalidad por omisión

²⁹⁹ En ese sentido, es dable recordar —ejemplificativamente— que ha existido algún movimiento legislativo para modificar el artículo 259 del CC; por ejemplo, incluyendo en la lista de legitimados activos a la madre (véase *Diario del Senado de la Nación*, año XIV, núm. 105, 30 de octubre de 1998; <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4b10.htm>). También, en la Cámara de Diputados; v. gr., expediente 1.678-D-01, de autoría de Barbagelata y otros (*Boletín de Asuntos Entrados*, núm. 6, TP núm. 28, periodo 2001, Cámara de Diputados de la nación; http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/bae2001/bae01_dip06tp28.htm).

- 1) El artículo 14 de la Constitución rionegrina (titulado: operatividad) preceptúa que los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en la Constitución local tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. Agrega que el Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre y que, además, tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades.
- 2) Además, y como importante refuerzo de la precitada norma, la Constitución Provincial (en adelante: CP) ha incluido —en la parte tercera, sección quinta, capítulo II—, dentro de la jurisdicción originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia provincial, la atribución de conocer en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, las que pueden ser ejercidas (estando exentas de cargos fiscales) por quienes se sientan afectados en sus derechos individuales o colectivos (*cfr.* artículo 207, inciso 2o., apartado d).

Es decir, ha pautado —ni más ni menos— que una acción para salvar las omisiones inconstitucionales, que no debe ser confundida con el mandamiento de ejecución diseñado en el artículo constitucional 44. Este último ha sido establecido para aquellos supuestos en que la Constitución local, una ley, un decreto, una ordenanza o una resolución impongan a un funcionario o a un ente público administrativo un deber concreto, y éstos se hubiesen rehusado a cumplirlo; en tales casos, toda persona cuyo derecho resultare afectado a causa de dicho incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos preteridos, hipótesis en la que el juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.

Por su parte, la acción de inconstitucionalidad por omisión puede ser ejercida —libre de cargos fiscales— por quien se considere afectado en su derecho individual o colectivo. Deberá plantearse ante el Superior Tribunal de Justicia —el que, como expresáramos— ejerce respecto de este tipo de acción, competencia originaria y exclusiva.

En orden a que objetivamente se abra el camino para el progreso de la acción, debe existir “mora” del Estado provincial o de un municipio en la emisión de una norma (configurando con tal conducta omisiva, el incumplimiento de un “deber concreto”).³⁰⁰

Si el Superior Tribunal acoge la acción, en principio, fija el plazo para que la omisión sea subsanada. En caso de incumplimiento, “integra el orden normativo”, resolviendo la cuestión —reduciendo el perímetro y la superficie de su sentencia estrictamente al caso concreto—, o sea que, como afirma Bidart Campos, “no sustituye al órgano que ha incumplido el mandato de dictar la norma ausente, sino que suple solamente para el caso la carencia de norma mediante el operativo de la integración...; es decir, dicta sentencia en la que mediante norma individual colma la laguna normativa existente”.³⁰¹

Para el caso de que ello no fuera posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado de conformidad con el perjuicio indemnizable que se acredite (artículo 207, inciso 2o., apartado d, de la CP y artículo 41, inciso a.4, de la Ley Orgánica).³⁰²

- 3) Sentadas las particularidades del sistema, y en orden a graficar el destino que la acción ha tenido en la percepción jurisprudencial del Superior Tribunal acometeremos, a continuación, un breve señalamiento de los fallos emitidos por dicho órgano jurisdiccional en los casos en que se examinaron —en forma directa o tangencial— la viabilidad o la inviabilidad de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Sucesivamente, abordaremos los pronunciamientos expedidos en: “Robles de Giovannini, Modesta V. s/Mandamus”; “Partido Justicialista de la Provincia de Río Negro s/Mandamus”; “Pichetto, Miguel Ángel s/Acción de inconstitucionalidad por omisión”; “Espinoza, Luis s/Acción de inconstitucionalidad por mora” y “Gómez, Daniel A. s/Inconstitucionalidad por omisión”.

300 Tal lo que verificó, como veremos *infra*, el Superior Tribunal rionegrino *in re*: “Gómez, Daniel A. s/inconstitucionalidad por omisión” (mora legislativa).

301 Bidart Campos, Germán J., “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, *El derecho*, Buenos Aires, 1988, t. 129, p. 949.

302 *Cfr.* Lozada, Ezequiel y Lozada, Martín, *El derecho público de Río Negro*, Viedma, Editorial Francisco Héctor Estrada, 1994, p. 335.

A) En el caso “Robles de Giovannini, Modesta V. s/Mandamus” (expediente 7.623/89, fallado en 1991), el Superior Tribunal de Justicia decidió rechazar la acción de inconstitucionalidad por omisión —que perseguía que el Poder Ejecutivo reglamentara una ley—,³⁰³ atento a que no existía tal “obligación” para éste, al haberse delegado la facultad reglamentaria a un ente público no estatal.³⁰⁴ Al efecto, deberá recordarse que sólo pueden ser sujetos pasivos de la acción, el Estado provincial o los municipios.

Además, el Tribunal sentó algunas pautas interesantes —conducido por la juez ponente, doctora Flores—.

- La prevista en el artículo 207, inciso 2o., apartado d, es una de las formas de la acción de inconstitucionalidad —la “inconstitucionalidad por mora” —.
- Se circunscribe la acción a la hipótesis de que el Estado provincial o los municipios omitan cumplir la obligación de dictar una norma que impone un deber concreto a dichos órganos.
- Se patentizan las diferencias entre tal acción y el *mandamus* (artículo 44 de la CP): en aquélla, el *sujeto pasivo* es el Estado provincial o los municipios; en el *mandamus*, es todo funcionario o ente público administrativo al que se le ha impuesto un deber concreto a cumplir; el *objeto* de la acción es el dictado de una norma que marca un deber concreto al Estado provincial o a los municipios; en el *mandamus*, es el cumplimiento —por parte del funcionario o ente administrativo— del deber impuesto por la Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución; en punto a la *finalidad*, en la acción de inconstitucionalidad por omisión, el Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión o, en su defecto, integra el orden normativo y, de no ser posible, dispone un resarcimiento; en el *mandamus* —por su parte—, comprobado que fuera el rehusamiento, libra mandamiento exigiendo el cumplimiento inmediato del deber ya fijado normativamente —y que ha sido desobedecido—.

303 Se trataba de la reglamentación del artículo 84, inciso k, de la Ley Prov. núm. 1.340 del Notariado.

304 Se había delegado tal labor al Colegio Notarial (el que debía cumplirla a través de su Consejo Directivo).

- B) En la causa “Partido Justicialista de la Provincia de Río Negro s/Mandamus” (expediente núm. 8.934/92), se pretendía —a través del *mandamus* (artículo 44 del CP) que “...el Poder Ejecutivo provincial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125 de la Ley 2.353 designe las autoridades de la Comisión de Fomento de la Localidad de Meneú”.³⁰⁵

Resulta importante el voto del doctor Jorge L. García Osella,³⁰⁶ pues puso de manifiesto que:

nuestro ordenamiento constitucional recepta la posibilidad de la mora en el dictado de los reglamentos, cuando expresamente introduce, como institución novedosa en el derecho argentino, la previsión del artículo 207, inciso 2o., apartado d, concretamente referido al incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios. Si se recepta la tesis sustentada tanto por la Fiscalía de Estado, como por el señor procurador,³⁰⁷ el precepto constitucional caería

³⁰⁵ Cabe recordar que el mencionado artículo 125 de la Ley Prov. núm. 2.353, reza —en su parte pertinente—: “...Dentro de los ciento ochenta días (180) (el Poder Ejecutivo) reglamentará el funcionamiento de las Comisiones de Fomento mientras no se constituyen en comunas según lo previsto en la presente ley, garantizando la designación de las autoridades en respeto a la voluntad popular expresada en las últimas elecciones realizadas en el lugar. A tal fin, nombrará a los comisionados de una terna propuesta por las autoridades locales del partido político que en el nivel provincial hubiera obtenido mayor cantidad de votos en la localidad”.

³⁰⁶ Magistrado que —no obstante coincidir con la solución desestimatoria propiciada por los doctores Leiva, Echarren, Flores e Iglesia Hunt— se expidió en el sentido de que la pretensión reunía las condiciones de procedibilidad: urgencia, gravedad, peligro inminente e irreparabilidad del daño —a diferencia de los restantes ministros, quienes sostuvieron que “del examen de la presente acción surge claramente el incumplimiento de los requisitos esenciales que obstan a la procedencia de la misma”—. Sin embargo, el doctor García Osella también opinó que la vía seleccionada por el demandante (*mandamus*), era inidónea, pues, correspondía la de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

³⁰⁷ En su dictamen, el señor procurador general había expresado al respecto: “Adhiero a la idea de que las facultades del Ejecutivo de reglamentar configuran una atribución propia a la que el Legislativo no puede poner plazos ya que —entre otras razones— para la vigencia de las leyes no es imprescindible ni necesario que su operatividad se dé mediante reglamentación... Por ello, comparto la postura de que el término de 180 días establecido por la Ley 2.353 es meramente indicativo para el Ejecutivo”. Asimismo, el doctor García Osella reseña parte de la argumentación de la Fiscalía de Estado, exponiendo que el decreto no se habría sancionado pues se encontraba “circunscripto a una valoración de la coyuntura

en letra muerta ante el asunto que nos ocupa y no advierto que dicho precepto introduzca excepciones. Si una ley dispone que el Poder Ejecutivo debe reglamentar determinado punto de la misma e impone plazo determinado para hacerlo, la voluntad legislativa se impone y el no cumplimiento de la misma hará incurrir al órgano que debe reglamentar, en inconstitucionalidad por omisión, como técnicamente se denomina al recurso.

Asimismo, el citado juez enfatizó que el accionante había incurrido en un “enfoque conceptualmente equivocado” en cuanto a la vía utilizada, dado que la del *mandamus* (artículo 44, CP) no era la idónea y, por el contrario, sí lo era la del artículo 207, inciso 2o., apartado d, *idem*. (acción de inconstitucionalidad por omisión). Agrega el magistrado que —a su juicio—:

La norma (se refiere al artículo 125 de la ley provincial núm. 2.353) exige la reglamentación y que dicha reglamentación debe garantizar la designación de autoridades en respeto a la voluntad popular, indicándole al Poder Ejecutivo la forma que debe plasmar en el correspondiente decreto, para asegurar el principio de respeto a la voluntad popular. No se trata, en mi concepto, que sólo deba reglamentar el funcionamiento, sino que expresamente determina que debe reglamentar la ley, garantizando el principio que se dispone. El verbo utilizado por la ley nos indica, sin dudas, que el decreto debe garantizar. Y si el decreto debe garantizar, resulta obvio que la forma de designación debe surgir del decreto, conforme las pautas generales que se indican y el procedimiento que se impone en el último párrafo.

En definitiva, la acción fue desestimada, en virtud de la “no concurrencia de requisitos inexcusables” para su viabilidad.

- C) En el caso “Pichetto, Miguel Ángel s/acción de inconstitucionalidad por omisión” (expediente núm. 9.480/93), se presentó el actor aduciendo su calidad de “nominado en la sesión del 17 (de junio de 1993) en representación de la minoría para integrar el Consejo de la Magistratura”, persiguiendo —a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión— que el Superior Tribunal de Justicia proceda a disponer lo necesario

político-institucional” y que “a mérito del poder reglamentador no se han producido las necesarias circunstancias políticas para reglamentar el artículo 125 de la Ley 2.353”.

para que se concrete en su favor “su integración como representante de la minoría parlamentaria” de tal cuerpo.

Sintéticamente, el Tribunal sostuvo:

- Que no existió verdaderamente una “designación”, sino que se habían configurado algunos aprestos dentro de la órbita del trámite administrativo interno de la Legislatura provincial —sin exteriorización de su pronunciamiento—.³⁰⁸ Disponer lo contrario, implicaría una intromisión —improcedente y extemporánea— del Poder Judicial respecto del Legislativo y del Consejo de la Magistratura.³⁰⁹
- Que los mecanismos “internos y sujetos a un reglamento” comprenden facultades del Poder Legislativo que quedan excluidas del criterio de judiciabilidad.³¹⁰
- Que el objetivo sustancial de la acción de inconstitucionalidad por omisión es la “integración del orden normativo”, a través del dictado de una norma que impone un deber concreto; propósito esencial de la acción que no coincidiría con el sentido impreso por el accionante a su pretensa, que no estaba dirigida al dictado de una norma, sino a un hacer.
- En definitiva, unánimemente se decidió el rechazo *in limine* de la acción propiciada.

³⁰⁸ En sentido similar, *mutatis mutandi*, el Tribunal Constitucional español rechazó (por auto del 11 de abril de 1984, referido a la selección de una plaza de funcionario de las Cortes de Castilla y León) la acción incoada “no por considerarse incompetente, sino por no existir un acto firme tal como dispone el artículo 42 de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ya que el particular impugnaba un acto de propuesta y no de designación y fundamentalmente no había agotado la vía judicial” (véase Balbín, Carlos F., “El control de los actos políticos”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, núm. 29, p. 51).

³⁰⁹ Es importante tener en cuenta que, previamente, el legislador Pichetto había entablado un *mandamus* (expediente núm. 9.258/93: “Pichetto, Miguel Ángel s/mandamiento de prohibición”), como resultas del cual el Superior Tribunal dictó sentencia el 16 de abril de 1993, requiriendo de la Legislatura provincial que sea respetada —en la designación de representantes para el Consejo de la Magistratura— la normativa tuitiva de las minorías; exigencia que fuera cumplida por tal poder (de acuerdo con lo comunicado al Superior Tribunal el 22 de junio de 1993).

³¹⁰ Así lo sostuvo la doctora Flores en su voto, citando como precedentes en tal sentido a las siguientes causas: “Franco”, fallo del 3 de mayo de 1990 y “Pichetto”, resolución de 16 de abril de 1993 (esta última, aludida *supra*).

- D) En la causa “Espinoza, Luis s/acción de inconstitucionalidad por mora” (expediente núm. 8.793/92 —fallada en 1994—), se presentó el actor solicitando se ordenara al Poder Legislativo Provincial el dictado de la ley de creación y funcionamiento de un Juzgado de Justicia Especial Letrada en la localidad de El Bolsón —en cumplimiento de lo establecido por el artículo 22, inciso 5o., de las normas complementarias de la CP—.

Primigeniamente, el demandante encuadró su acción como *mandamus* (artículo 44, CP), mas el Superior Tribunal —con muy buen criterio— la reencasilló procesalmente como “acción de inconstitucionalidad por mora” (artículo 207, inciso 2o., apartado d, *idem.*).

Luego de algunas contingencias procesales (excepción de falta de legitimación activa planteada por Fiscalía de Estado y vista evacuada por el señor procurador general), el Superior Tribunal dispuso oficiar al señor presidente de la Legislatura, solicitándole remitiera una copia del proyecto de Ley de Justicia Especial Letrada (citado en publicaciones periodísticas del 11 de septiembre de 1992) y expresara cuál era el estado del tratamiento parlamentario del mismo.

Evacuados los informes requeridos, el Tribunal dictó sentencia rechazando la acción de inconstitucionalidad por omisión incoada, en virtud de que no se configuraban en la especie, los recaudos establecidos por la Constitución local para su procedencia.³¹¹

- E) En la causa “Gómez, Daniel A. s/inconstitucionalidad por omisión” (expediente núm. 11.418/96 —sentencia pronunciada el 20 de noviembre de 1996—), se abordaba la cuestión de la presunta mora en la reglamentación del derecho de revocatoria popular legislativa (previsto en los artículos constitucionales 2 y 149); reglamentación que no había sido dictada por la Legislatura provincial. Luego de analizada la causa (y coincidiendo parcialmente con lo expresado por el procurador general), el Superior Tribunal concluyó que verdaderamente se

311 Para fundamentar la desestimación de la acción, el Superior Tribunal reenvió a lo expresado en el caso “Robles de Giovannini” (véase *supra*), en el que “tuvo oportunidad de expedirse... marcando lineamientos” para la viabilidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

había configurado una hipótesis de mora legislativa contraria a la Constitución, ya que desde 1988 hasta 1996 había transcurrido un plazo suficientemente razonable para que los legisladores emitieran la norma reglamentaria.

Como corolario ilustrativo (e importante lectura del fallo), cabe resaltar que el Tribunal mudó el rumbo jurisprudencial que traía hasta el momento (en el que sistemáticamente había desestimado la procedencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión), acogiendo estimatoriamente (mas en forma parcial) la pretensión del actor, fijando a la Legislatura —como plazo para subsanar la omisión legal en reglamentar el derecho de revocatoria (artículo constitucional 149)—, el periodo legislativo inmediatamente subsiguiente (*cf.* artículo 207, inciso 2o., apartado d, *idem.*).

b. La ley fundamental de la Provincia de Tucumán y una “curiosidad” constitucional

Un caso atípico en el constitucionalismo provincial argentino es el de la Provincia de Tucumán, cuya ley fundamental ha previsto en su artículo 133, párrafo 1o., que la obediencia a la Constitución y al equilibrio de los poderes que ella establece, quedarán especialmente garantizados por un Tribunal Constitucional compuesto de cinco miembros. Es dable aclarar que el mencionado Tribunal, inusual para la idiosincrasia jurídica argentina, no ha sido implementado y, por ende, no se encuentra en funcionamiento.

Con arreglo a lo determinado en el artículo constitucional 134, inciso 1o., dicho Tribunal recepta competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, con el alcance general previsto en el párrafo final del artículo 22, *idem.*, es decir, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada.³¹²

Por su parte, en el artículo 134, inciso 2o., *idem.* y en el marco de una suerte de acción de inconstitucionalidad por omisión *sui generis*, se acuerda al aludido órgano la atribución de:

312 Si el Tribunal no hiciere lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma objetada, la cuestión no podrá ser reeditada, quedando a salvo la posibilidad de que los interesados la impugnen ante los jueces, mas ya con efectos específicos (artículo constitucional 22, *in fine*).

entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Consejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.

B. *Otra tipología de prescripciones: los casos de las Constituciones de Chubut, Salta y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Desde el punto de vista del derecho público provincial argentino comparado y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede detectarse la existencia de normas de calibre preceptivo similar al inoculado a los artículos 18 de la Constitución de Ecuador y 45 de la de Paraguay, por lo que reenviamos —*mutatis mutandi*— a las reflexiones que allí vertiéramos (subapartado III.1.A.e.). Pasemos, sin más, a las referencias normativas anunciadas.

- a) La ley fundamental chubutense (bajo el epígrafe de: Operatividad. Reglamentación) tamiza, en su artículo 21, el principio de operatividad de los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos en esa Constitución, disponiendo que ellos lo serán salvo cuando resulte imprescindible la reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo en cada supuesto los jueces arbitrar los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario (párrafo 1o.). En punto a los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos constitucionalmente, prevé que ellos informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, añadiendo que sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta las prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas (párrafo 2o.).
- b) A su turno, el artículo 16 de la Constitución salteña (con el rótulo de: Derechos y garantías. Reglamentación. Operati-

vidad) dispone, en su párrafo 1o., que todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por la Constitución local de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio, adunando que los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. Ya en el párrafo 2o. establece que dichas enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia social, de los principios de la democracia social de derecho, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. En el último párrafo (3o.), edicta que tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. Para finalizar, cabe acotar que no queda claro si la alegación de plena operatividad se refiere sólo a los derechos no enumerados, a los consagrados explícitamente, o a ambas categorías.

- c) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cuyo estatuto institucional no resulta fácil de definir, llegándose —no sin eclecticismo— a sostener que es *más que un municipio pero menos que una provincia*) su Constitución³¹³ (dada el 1o. de octubre de 1996 en la sala de sesiones de la Convención Constituyente y publicada el 10 de octubre del mismo año), contiene una loable previsión plasmada en el artículo 10,³¹⁴

313 Omitiremos ingresar en la polémica cuestión acerca de si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba facultada para dictar una verdadera Constitución o simplemente un Estatuto. Sólo recordaremos que el tramo final del artículo 129 de la carta magna federal dispuso que la ciudad debía dictar el “*estatuto* organizativo de sus instituciones” (remarcado agregado). Por su parte, el preámbulo de la ley fundamental porteña (en una fórmula “inteligente” para literalizar una supuesta obediencia al texto constitucional nacional) estipula que los representantes del pueblo de la ciudad de Buenos Aires, reunidos en Convención Constituyente, sancionan y promulgan la “presente *Constitución* como estatuto organizativo” de dicha ciudad (cursivas nuestras). Por tanto, en la presente referencia hemos utilizado el término “Constitución” por ser, en definitiva, el asignado por los convencionales que tuvieron a su cargo la gestación del cuerpo documental organizativo de la ciudad.

314 Para un análisis más detallado de tal norma, véase Bazán, Víctor, “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, en Germán J.

la que, más allá de alguna imprecisión verificable en su redacción, constituye una interesante muestra de reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución y de calificación de operatividad de sus preceptos referidos a derechos y garantías.

Dicha cláusula constitucional dispone que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la CN, las leyes de la nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen, añadiendo que éstos y la Constitución local se interpretan de buena fe. Finaliza aseverando que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.

V. REMEDIOS O TÉCNICAS DE FUENTE INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL, SUBCONSTITUCIONAL O JURISPRUDENCIAL PARA SUPERAR LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

Acometeremos una sistematización ilustrativa —y no menos tentativa—, en clave de derecho comparado, de los diversos instrumentos disponibles normativamente o empleados creativamente por los órganos jurisdiccionales, para la restauración de la constitucionalidad por vía de la corrección de las omisiones inconstitucionales.

Huelga advertir que el intento que en tal sentido efectuaremos no reconoce pretensión alguna de exhaustividad; tan sólo procura bosquejar un señalamiento orientativo de las herramientas existentes para el cumplimiento del cometido señalado, para cuya lectura habrá necesariamente que tomar en consideración las peculiaridades de cada contexto jurídico en que los preceptos rigen o las sentencias fueron pronunciadas, las particularidades de los respectivos modelos de control de constitucionalidad en que aquellos se enmarcan, la circunstancia de que tales técnicas no se dan en forma pura sino que plasman una combinación de ingredientes de distintos mecanismos, etcétera.

1. *Liberación, desde la judicatura, del tránsito de una norma de un tratado internacional o de la Constitución ante la inexistencia de ley reglamentaria*

A. *Apelando a una fuente de derecho internacional*

- a) En “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992), la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina confirió aplicación directa y operativa al artículo 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase endógenamente; además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (artículo 14.1, *in fine, idem.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas” (el sobremarcado nos corresponde). Es decir, que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar “las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado” será ejercitado (el remarcado es nuestro).

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente, la circunstancia de que, como el tratado tenía jerarquía suprallegal al momento en que la Corte falló (hoy ostenta alcurnia constitucional), su incumplimiento —al influjo de la abstención legislativa— podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado... Por ende, la segunda de las hipótesis (“omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”) provocaría la agresión constitucional por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

- b) La solución adoptada por la Suprema Corte de la República Dominicana en la causa iniciada por “Productos Avon S. A.” (1999), puede quedar incluida en la categoría bajo análisis.

En ella, aquel órgano recibió la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional, concretamente, el artículo 25.1 de la CADH y, por otra, ante la inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que —a su entender— constituía una “*omisión legislativa*” (*sic*), a través de un remedio unilateral —*per se*, y sin intervención del órgano legislativo— y con sustento en el 29, inciso 2o., de la Ley de Organización Judicial núm. 821.

Básicamente, resolvió declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la CADH “es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante resolución núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3o. de la Constitución de la República”. Por su parte determinó la competencia para conocer la acción de amparo; diseñó el procedimiento a observarse en tal ámbito; los parámetros temporales dentro de los cuales debería: ser interpuesta la acción, fijada la audiencia para el conocimiento de la acción, pronunciada la sentencia y deducido el recurso de apelación ante la Corte respectiva y, por último, declaró que los procedimientos del recurso de amparo se harían libres de costas.

B. *Recurriendo a la Constitución*

- a) Un caso típico de aplicación directa de la Constitución no obstante la inexistencia de norma legal reglamentaria, lo representa la actitud “creativa” de la Corte Suprema de Justicia argentina en relación con la acción de amparo.

En efecto, y tras varios años de negativa a dar curso al mismo (sustentándose en la carencia de preceptiva legal que lo implementara), en la causa “Siri” (1957) procedió a “crear” pretorianamente el amparo; en el caso, contra actos de autoridad pública.

- b) Asimismo, la Corte argentina hizo lo propio en la causa “Kot” (1958), ya respecto del amparo contra actos de particulares, aunque añadió que el mismo ya existía en la

Constitución, concretamente, en el artículo 33, como derecho o garantía no enumerados.

- c) En “Urteaga” (1998) el Máximo Tribunal Federal argentino, específicamente en lo tocante al tema de la carencia reglamentaria legislativa frente a una norma constitucional (en el caso, la acción de *habeas data* contenida en el artículo constitucional 43, párrafo 3o.), reitera el valioso criterio hermenéutico que sostiene la innecesariedad de la existencia de ley reglamentaria cuando de viabilizar el ejercicio de un derecho o de una garantía deparados constitucionalmente se trata, sosteniendo el voto mayoritario que, en referencia a la mencionada acción, la lectura de la norma constitucional:

Permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual, la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente —hasta tanto el Congreso nacional proceda a su reglamentación—, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos.

- d) En un fallo posterior a “Urteaga”, concretamente aludimos a la causa “Ganora” (1999), la Corte argentina (en el contexto del voto mayoritario) evocó lo resuelto en “Urteaga” en punto a la operatividad de la acción pese a la falta de norma reglamentaria.

2. *Establecimiento de plazos y variantes en caso de incumplimiento por parte del órgano omitente*

A. *Exclusivamente, fijación de plazo*

a. Constitución de Brasil cuando el omitente es un órgano administrativo

El artículo 103, parágrafo 2o., de la Constitución de Brasil, dispone que si el Supremo Tribunal Federal declarara la inconstitucionalidad por omisión de una medida para efectivizar una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias, y si el omitente fuese un órgano administrativo, deberá hacerlo dentro del plazo de treinta días.

b. La Corte Constitucional de Colombia

Pareciera ser también alguna de las herramientas empleadas por la Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, en la sentencia núm. C-1.433 de 2000 (en la que se ventilaban algunas cuestiones relativas al deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de garantizar su incremento para asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitieran tener un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia), caso en el que detectó que en el artículo 2o. de la Ley núm. 547, el Congreso había incurrido en el incumplimiento de un deber jurídico, emanado de una serie de normas constitucionales, entre las que —específicamente— se contaban los artículos 53 y 150, numeral 19, literal e), así como del artículo 4o. de la Ley 4a. de 1992. Además, dispuso poner en conocimiento del presidente de la República y del Congreso la decisión adoptada, “para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración de la presente vigencia fiscal” (énfasis añadido); asimismo, y a sus efectos, decidió que el pronunciamiento le fuera comunicado, también, al ministro de Hacienda y Crédito Público.

B. Fijación de plazo y de los lineamientos para la corrección de la omisión inconstitucional

a. Constitución de Venezuela

Pareciera que, tal como se encuentra normatizado constitucionalmente, se admite la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad respecto de situaciones en las que se patentizan tanto omisiones inconstitucionales absolutas cuanto relativas, ya que el artículo 336, apartado 7, habilita a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional, cuando hubieran dejado de dictar normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las hubiesen dictado en forma incompleta.

En tal caso, establece un plazo determinado y, de ser necesario, los lineamientos para su corrección.

b. Constitución del Estado de Veracruz (México)

El artículo 65 de la Constitución determina que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local (fracción III), que interpongan el gobernador del Estado y, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos.

Por lo demás, se establece que la omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado, determinándose en dicha resolución un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o el decreto de que se trate la omisión.

Por último, se dispone que si transcurrido el mencionado plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, hasta tanto se expidan la ley o el decreto correspondientes.

C. Fijación de un plazo; ante el incumplimiento, integración del orden normativo; en caso de imposibilidad material de tal integración normativa, determinación de una indemnización

Es el supuesto previsto por la Constitución de la Provincia argentina de Río Negro, que en su artículo 207, inciso 2o., apartado d, prevé la posibilidad de que se ejerza —libre de cargos fiscales— acción de inconstitucionalidad por omisión por quien se considere afectado en su derecho individual o colectivo. Deberá plantearse ante el Superior Tribunal de Justicia, que ejerce respecto de este tipo de acción una competencia originaria y exclusiva.

En orden a que objetivamente se abra el camino para el progreso de la acción, debe existir “mora” del Estado provincial o de un municipio en la emisión de una norma (configurando con tal conducta omisiva, el incumplimiento de un “deber concreto”).

Si el Superior Tribunal acoge la acción, actúa de la siguiente manera: a) fija el plazo para que la omisión sea subsanada; b) en caso de incumplimiento, integra el orden normativo, resolviendo la cuestión para el caso concreto a través del dictado de una sentencia en la que, mediante

norma individual, colma la laguna normativa existente, y c) para el caso de que ello no fuera posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado de conformidad con el perjuicio indemnizable que se acredite.

D. Fijación de plazo; ante el incumplimiento, “autorización” para la directa promulgación de la norma

Es el supuesto previsto por el artículo 134, inciso 2o., de la Constitución de la Provincia argentina de Tucumán, por el cual se concede al Tribunal Constitucional (que aún no ha sido implementado —circunstancia que en sí misma podría entrañar una omisión inconstitucional—) la atribución de entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Consejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se trate.

3. Autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías

Se trata de los casos de las Constituciones de Ecuador (artículo 18) y Paraguay (artículo 45), en el orden del derecho constitucional comparado nacional y, ya en el del derecho público provincial argentino, con variantes, los supuestos de las leyes fundamentales de —*inter alia*— Chubut (artículo 21), Salta (artículo 16) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 10).

En tales casos confluye una especie de autodeclaración —*ex Constitutione*— de operatividad (y, por tanto, de justiciabilidad) de los derechos y garantías contenidos en las respectivas cartas fundamentales, por lo que —ante la ausencia o insuficiencia de reglamentación por vía legal— quedan los jueces constitucionalmente obligados a diseñar las vías pertinentes para la efectivización del derecho o la garantía contenidos en la norma constitucional de que en cuestión.³¹⁵

³¹⁵ Véase, en similar sentido, Sagués, Néstor P., “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Mesa 4 (“Instrumentos de justicia

4. *Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda*

- A) Era el caso de la disposición constitucional contenida en la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia (artículo 377), por medio de la cual si el Tribunal de Garantías Constitucionales constataba 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 federales, cuando mediaba obligación de hacerlo, debía poner en conocimiento de tal situación a la Asamblea.
- B) A su turno, es también la opción escogida por la Constitución de Portugal y positivada en el artículo 283, por virtud de la cual el Tribunal Constitucional *aprecia y verifica* el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales y, en el supuesto de que verificase la existencia de inconstitucionalidad por omisión, *dará conocimiento* al órgano legislativo competente.
- C) Es, asimismo, el supuesto previsto por el artículo 103, parágrafo 2o., de la Constitución Federal de Brasil,³¹⁶ específicamente cuando el omitente no fuera un órgano administrativo, pues aquel precepto determina que, declarada por el Supremo Tribunal Federal 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.

constitucional”), México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 12-15 de febrero de 2002.

³¹⁶ Como vimos, tal disposición de la Constitución federal brasileña ha sido volcada casi textualmente a las leyes fundamentales de los estados de Río de Janeiro y Santa Catarina, ambas de 1989, que también incluyen la fijación de plazo cuando el omitente fuera un órgano administrativo.

- D) Por último, no es irrazonable entender que la del epígrafe ha sido una técnica que la propia Corte Constitucional de Colombia sostiene haber empleado.

Recordamos que dicho Tribunal adopta la distinción wesseliana de omisiones absolutas y relativas. Además, considera que existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente. Por lo demás, y a pesar de tener sentado —por mayoría— que carece de competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, ha puesto de manifiesto que *en los casos en que encontró vacíos legislativos* realizó “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara un determinado canon constitucional, las que —desde la óptica del Tribunal— no constituían imposiciones sino admoniciones para que aquel órgano cumpliera la directiva constitucional (mencionando el Tribunal lo que concretara en las sentencias núms. 90/92, 24/94, 473/94, 285/96, *inter alia*).

Puede verificarse también la reivindicación de la facultad de la Corte de “exhortar” al Congreso, en la sentencia núm. C-867/99 o de formular “un llamado al legislador”, en la sentencia núm. C-843/99.

- E) La Corte Constitucional italiana ha empleado las “admoniciones” al legislador como complemento de las resoluciones que intentan retardar los efectos de las decisiones admisorias (véase *infra*). Apunta Romboli que dichas admoniciones, dependiendo de los casos, pueden ser más o menos específicas y precisas, “también incluso con indicación de plazos más o menos persuasivos, y en otros en cambio mucho más generales y blandas”, aclarando que, en todo caso, la “amenaza” que la Corte dirige al legislador es la de que, en caso de inactividad de éste, intervendrá nuevamente declarando, esta vez sin duda, la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y “salvada” de momento.³¹⁷

³¹⁷ Romboli, Roberto, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

5. Sentencias “intermedias” emitidas por las cortes o tribunales constitucionales

Se ha entendido por “sentencias intermedias” las expedidas por las cortes o tribunales constitucionales que no son puramente estimatorias o desestimatorias, esto es, que se apartan del modelo más simple de constitucionalidad/inconstitucionalidad con nulidad.³¹⁸ Veamos.

A. Sentencias aditivas

Quedan subsumidas en el modelo *unilateral*, introduciendo una regla directamente aplicable, y han sido empleadas en Italia, España, Portugal y algún supuesto verificable en Austria. También, en Colombia.

B. Sentencias aditivas de principio y sentencias-delegación

Entran en la categoría de modelo bilateral (si involucran sólo al Tribunal Constitucional y al órgano legislativo omitente) o *multilateral* (si, además del binomio nombrado, incluyen también a los jueces ordinarios), y han sido empleadas en Italia para morigerar la contundencia de las aditivas, pues no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable —como en éstas— sino que fijan un principio general que debe ser implementado por medio de la intervención del legislador, pero al que puede ya —con ciertos límites— hacer referencia el juez ordinario en la resolución de casos concretos.

Un subtipo de las “sentencias aditivas de principio” son las decisiones de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento (por ejemplo, la sentencia núm. 243, del 19 de mayo de 1993), en la que la Corte italiana declara la ilegitimidad constitucional de las disposiciones impugnadas, fija específicamente los principios a los que deberá atenerse el legislador al emanar la nueva regulación modificatoria y determina los plazos dentro de los cuales ésta debe ser aprobada por el Parlamento.

C. Sentencias sustitutivas

También verificadas en la praxis italiana, se emiten con el objeto de declarar la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que prevé una determinada cuestión en vez de prever otra.

³¹⁸ Cfr. Díaz Revorio, Francisco J., “El control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 85 y nota 5.

D. Sentencias apelativas

En la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán, una ley puede ser transitoriamente mantenida en vigencia si, por caso, la inconstitucionalidad que ostenta no es evidente, o bien, sobreviene con el transcurso del tiempo (por un cambio de circunstancias y/o por omisión del legislador), caso en el que emite una “resolución de recomendación” (*Apellentscheidung*), por la que —pese a desestimar la demanda— en sus considerandos “encarga” al legislador —con o sin fijación de plazos— que encare una nueva redacción de la norma de acuerdo con la concepción jurídica trasuntada por el Tribunal. Puede contener, como consecuencia adicional de la apelación al legislador, la circunstancia de que el Tribunal aplique directamente el mandato constitucional, siempre que ello fuere posible.

E. Retraso de la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional y simple incompatibilidad sin declaración de nulidad

El retraso de la entrada en vigor de la anulación, con variantes, consiste en una técnica empleada por los tribunales constitucionales austríaco, español y por la Corte Constitucional italiana, que —según la categorización de Romboli y en el caso italiano— entraña un nuevo modelo decisorio tendiente a aplazar en el tiempo los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad,³¹⁹ dentro del cual se identifican —*inter alia*— los intentos de limitar los efectos retroactivos de las decisiones (mediante las resoluciones de ilegitimidad constitucional sobrevenida en sentido estricto y por equilibrio entre valores) y los de retardar los efectos de las decisiones estimatorias por medio de las decisiones de incompatibilidad³²⁰ (*v. gr.*, la inconstitucionalidad verificada, pero no declarada, y la desestimación con verificación de inconstitucionalidad —todavía constitucional—).

La cuestión se vincula, naturalmente, con la opción que genéricamente puede denominarse de “simple incompatibilidad sin declaración de nulidad”, de la cual pueden ubicarse ciertos antecedentes en la doctrina judicial del Tribunal Constitucional Federal germano, del Tribunal Consti-

319 *Cfr.* Romboli, Roberto, *op. cit.*, pp. 70-74.

320 Que, como adelantábamos, deben ser puestas en estrecho contacto con las admoniciones que la Corte dirige al legislador, Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 72.

tucional español y, también —como vimos en el párrafo inmediatamente anterior—, de la Corte Constitucional italiana.

VI. OBSERVACIONES FINALES

- 1) El principio de supremacía constitucional, además de requerir sustento normativo *exige sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*, las que pueden provocarse por acción u omisión.
- 2) Los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos* que los civiles y políticos. La necesidad de corregir jurisdiccionalmente la presunta imperfección de aquéllos resulta un desafío para la imaginación de los juristas y un embate contra la comodidad o falta de creatividad de los jueces (constitucionales y/u ordinarios).

Dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones, y porque estamos persuadidos de que los derechos económicos, sociales y culturales representan una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos, juzgamos de real valía que se concrete el pasaje de la *progresividad simbólica* a la *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos. Es que progresividad no implica letargo, inocuidad ni impunidad *sine die* en favor del Estado.

Creemos que ha llegado la hora de tomar en serio a los derechos económicos, sociales y culturales.³²¹ Al respecto, deberán habilitarse vías procesales idóneas para permitir —en ciertas circunstancias, respecto de lo cual seguramente la ponderación judicial tendrá algo que decir— que se exija el cumplimiento de dichos derechos y se cuestionen jurisdiccionalmente las omisiones inconstitucionales sistemáticas que se cometen a su respecto.

321 Paráfrasis del título del artículo de Gomes Canotilho, José Joaquim: “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988, pp. 239-260.

- 3) Como verifica Sagüés, la violación de la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace.³²²

En línea con ello, el magistrado judicial deberá —*inter alia*—: proporcionar para el caso concreto el contenido mínimo de un derecho contenido en la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que —en igualdad de circunstancias— detrae a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales (ya propias del modelo unilateral; ya del bilateral o multilateral) adecuadas a las pautas del sistema jurídico de que se trate y, sobre todo, a la propia idiosincrasia jurídica, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional), de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales.³²³

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre ‘invasivamente’ en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: “libertad de configuración” del legislador); sin embargo, y en todo caso, tampoco resulta lícito (y, sobre todo, legítimo) que se obture la actuación judicial si el órgano legisferante margina arbitrariamente la vigencia de

322 Sagüés, Néstor P., “Instrumentos de la Justicia...”, *op. cit.*, nota 314.

323 Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, véase Bazán, Víctor, por ejemplo, en: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor: *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269; “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor: *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 41-108, y más recientemente, “Omisiones inconstitucionales y justiciabilidad de los derechos”, *Revista Jurídica del Perú*, Perú, año LI, núm. 25, agosto de 2001, sección Doctrina, pp. 1-20.

la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia ley fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros.

En ese sentido, Mortati señala que con ello no se opera un intercambio de funciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, dado que éste no se extralimita de su propia competencia ni sustituye al legislador si hace aplicación del derecho vigente a los casos concretos siguiendo el orden jerárquico de las fuentes, dando así preferencia a la Constitución respecto de la ley, siempre que la primera —interpretada armónicamente con todo el sistema normativo— sea idónea para orientar la decisión.³²⁴

La clave de la cuestión debería tener como objetivo axial lograr el equilibrio de las diversas pautas en juego: normatividad y supremacía de la Constitución; importancia axiológica del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; margen de acción (o de inacción) del legislador y deber de ejercer (y actuar) el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces (en la hipótesis del modelo de contralor jurisdiccional difuso) o del Tribunal Constitucional (en el supuesto del modelo de jurisdicción concentrada), lo que requerirá en cada caso puntual un ejercicio de “ponderación”³²⁵ para mantener una armónica coexistencia de las diversas variables convergentes en la cuestión.

- 4) La compulsa de la praxis jurisprudencial de los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia (*rectius*: Corte Constitucional, en este último caso) y la verificación del empleo de “sentencias intermedias” sugieren la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y a la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión.³²⁶ En apariencia,

³²⁴ Mortati, Costantino, *op. cit.*, pp. 992 y 993.

³²⁵ “Bilanciamento”, en palabras de Guastini (en “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, *Analisi e Diritto*, 1996, pp. 177 y ss.; aludido por Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y...”, *op. cit.*, p. 180); el artículo de Guastini al que se hace referencia se encuentra traducido al castellano en Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002.

³²⁶ González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, *passim*.

tal actitud denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad.³²⁷

- 5) El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Iberoamérica, pone al descubierto el —afortunadamente— creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica (aun pretorianamente) diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales. Al menos, pareciera consolidarse una tendencia de apertura del debate en cuyo interior discurre la convicción (al menos, la percepción) en punto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo que decir y aportar* en pro de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado de derecho.

Con propósito convergente, se verifica la existencia de determinadas normas constitucionales que, sin referirse explícitamente a la inconstitucionalidad por omisión, han recibido un sugerente (y positivo) diseño léxico y se las ha ubicado en un contexto normativo y axiológico tal, que ofrecen valiosa materia prima para inferir —sobre la base de una interpretación constitucional naturalmente no anquilosante ni extremadamente conservadora— la voluntad de los respectivos constituyentes de erigir, por intermedio de aquéllas, instrumentos idóneos para instar jurisdiccionalmente la exigibilidad de los derechos y garantías deparados *ex Constitutione*, no obstante la falta de desarrollo constitucional de los mismos o la insuficiente o deficitaria reglamentación a su respecto.

- 6) Ya en el contexto argentino, no es irrazonable pensar en la existencia de una suerte de predeterminación constitucional legitimante de la competencia del órgano judicial para el restablecimiento de la igualdad vulnerada a través de la omisión relativa inconstitucional,³²⁸ ello, mediante el empleo de modelos unilaterales o bilaterales de solución.

³²⁷ Modugno, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en Varios autores, *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48, aludido por González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, p. 15.

³²⁸ Empleamos, *mutatis mutandi*, algunas pautas señaladas por González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

Así lo indica la convergencia de una serie de factores, entre los que se cuentan, enunciativamente: la dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*; la existencia de una jurisprudencia que —en líneas generales— se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por parte del Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente y, entre otras cuestiones, una nueva dimensión del principio de igualdad (material), que viene a añadir un componente más intenso de constitucionalismo social a la textura del techo ideológico de nuestra norma básica, lo que hace pensar en la vinculación del principio de igualdad con derechos fundamentales que exigen cobertura y reclaman operatividad.

Es que uno de los importantes avances que ha experimentado la Constitución argentina al influjo de la reforma de 1994 (al menos desde el ámbito normológico), enraíza —precisamente— en el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (artículo 16) con la *igualdad material*, lo que queda corporizado en el texto constitucional con una nueva fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato* (véase, v. gr., artículos 37,³²⁹ 75, incisos 2,³³⁰ 19³³¹ para cuya no eufemística operativización se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, pa-

329 Que, en su parte pertinente, dispone que *la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres* para el acceso a cargos electivos y partidarios *se garantizará por acciones positivas* en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

330 Norma que, en lo tocante al punto en análisis, establece que en los regímenes de coparticipación impositiva, la distribución entre la nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto, debiendo ser equitativa, solidaria y dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e *igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*.

331 Inciso que, en su parte pertinente y como se indicó *supra*, se vincula con la atribución del Congreso de sancionar leyes de organización y de base de la educación, determina que —entre otros recaudos— tales normas deberán asegurar *la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*.

liando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades.³³²

En tren de satisfacer tan trascendente objetivo, y en el contexto genérico de las medidas de acción positiva previstas, por ejemplo, en el artículo 75, inciso 23, quedan decididamente vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución y significativo reaseguro de que las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los tratados sobre derechos humanos no queden incumplidas, por acción u omisión, ya que mientras el tratado esté vigente debe ser observado por las partes (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados) y tal cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado artículo 26, parte *in fine*, y artículo 31, inciso 1, *idem.*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del derecho interno para autoexonerarse o intentar justificar la exención de cumplimiento de las obligaciones emergentes del aludido acto jurídico internacional (*cf.* artículo 27, *idem.*).³³³

- 7) Para concluir indicamos que, ni cabe soslayar que los jueces son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia —en palabras ya citadas de Zagrebelsky—,³³⁴ ni parece aconsejable continuar tolerando que el legislador considere al precepto constitucional *tamquam non esset*.

332 Véase Bazán, Víctor, “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en el libro coordinado por Germán J. Bidart Campos, *Economía, Constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 111-174, en especial 124-130.

333 Salvo, claro está, cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto (lo que sucedería si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe —artículo 46.2 de la Convención) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno (artículo 46, *idem.*, como marco de excepción al principio general estipulado en el artículo 27 de dicha Convención), caso este último en el que de acuerdo con De la Guardia el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia, De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 271 y 272.

334 Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 153.