

INSTRUMENTOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN*

Néstor Pedro SAGÜÉS

SUMARIO: I. *Introducción. Variables de la inconstitucionalidad por omisión.* II. *Los derechos humanos y la inconstitucionalidad por omisión.* III. *Remedios constitucionales a la inconstitucionalidad por omisión.* IV. *Remedios judiciales.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN. VARIABLES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado¹ no ejecuta un deber constitucional. Ese “encargo constitucional” puede ser expreso o tácito.

* El presente trabajo, desarrollado dentro del marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, reelabora y actualiza tres estudios anteriores del autor: “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 124-950; “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina” en varios, autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 109 y ss.; y *La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales*, en prensa.

1 En rigor de verdad, también puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión un particular, si la Constitución le asigna un deber. Así, cuando la Constitución impone como obligación constitucional a los ciudadanos “armarse en defensa de la patria y de esta Constitución”, al estilo del artículo 21 de la Argentina, no presentarse a cumplir con el servicio militar (siendo éste legalmente obligatorio), importaría un acto de inconstitucionalidad por omisión (dejamos para tema aparte el análisis de la objeción de conciencia). Lo que sí ocurre es que careciendo habitualmente los particulares de facultades legisferantes, no podrían incurrir en inconstitucionalidad omisiva en la producción de normas generales.

Hay dos variantes básicas de inconstitucionalidad por omisión:

a) *Inconstitucionalidad por mora*, que a su vez puede resultar tanto de la *inercia en adoptar una decisión concreta* (v. gr., dilatar la orden de puesta en libertad de alguien cuya detención ha terminado legalmente), o de *tardanza en la producción de normas generales*. El caso más frecuente de esta última es el ocio legislativo en sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución, o de “desarrollo constitucional”, en cuanto la organización de los poderes públicos, o para ejecutar las cláusulas “programáticas” de la constitución (vale decir, “no autoejecutivas”), que a menudo requieren normas regulatorias o instrumentadoras para tornarse efectivas.

Otro espécimen de la inconstitucionalidad por mora es la *inconstitucionalidad por mora en la ejecución*. En este supuesto hay decisión tomada, pero ella no se cumple. Sería el caso, v. gr., de una jubilación o retiro ya otorgado, pero que no se paga.

b) *Inconstitucionalidad por negación*. También llamada inconstitucionalidad por omisión “relativa”,² ocurre si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace incorrectamente, retaceando algún derecho que la constitución otorga. Tal sería la norma, v. gr., que confiriere el derecho de circular libremente en el territorio nacional a los habitantes (pero no incluyendo a todos ellos), o que negase arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país, cuando por el principio de libertad de confesión tal derecho corresponde ser reconocido a todos.³ En estos supuestos, se está “omitiendo” a alguien un derecho que le pertenece.

2 La doctrina de las inconstitucionalidades por omisión “relativas” parece remontarse a Wessel. Cfr. Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 18 y 19.

3 Este último ejemplo no es teórico. En Argentina, durante el llamado “proceso” militar de 1976-1983, la Dirección Nacional de Migraciones negó permisos de residencia a los pertenecientes a la confesión “Testigos de Jehová”, circunstancia que dio lugar a amparos. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Libertad de conciencia, permanencia en el país y policía migratoria”, *Jurisprudencia argentina*, 1980-IV-113.

II. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La inconstitucionalidad por omisión genera habitualmente muchos problemas en materia de derechos humanos.

Ello ocurre con frecuencia con los derechos humanos de fuente internacional. Así, el artículo 2o. del Pacto de San José de Costa Rica explicita que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados por la Convención no estuviera garantizado ya por disposiciones legislativas o de otro carácter por los Estados, éstos “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. No siempre se cumplen, sin embargo, tales deberes estatales. Por ejemplo, no todos los países aseguran en todos los delitos el principio de la instancia penal plural (artículo 8o., numeral 2-h de la Convención), ni tampoco muchos han sancionado la ley sobre derecho de réplica a que alude el artículo 14 del Pacto.

Del mismo modo, no todos los Estados han adecuado su legislación interna a las normas emergentes del mismo Pacto. Claro está que en ese supuesto el remedio jurídico es teóricamente más fácil: consistiría en la inaplicación de esas reglas locales opuestas a la Convención. Pero cabe reconocer que varios Estados no aceptan tranquilamente que las normas del Pacto están por encima de las domésticas.

Generalmente, la tardanza en el dictado por parte de un Estado de las normas locales destinadas a instrumentar derechos de fuente supranacional ha sido vista no como una omisión “inconstitucional”, sino a lo más “legal”, ya que lo que se incumplía (con la mora) era un tratado, otrora equiparado a una ley común. Sin embargo, tal panorama ha cambiado bastante por estos motivos: algunas Constituciones dan rango constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos (v. gr., Argentina de 1994, artículo 75, inciso 22; Venezuela de 1999, artículo 23), motivo por el cual, en este caso, la omisión en motorizar al tratado o convención es simultáneamente violación a una regla de rango constitucional. En otros países, si la Constitución acepta la existencia y el vigor del derecho internacional, este último, a través de reglas de *jus cogens* (y también, de la Convención de Viena del derecho de los tratados) impone en virtud

de los principios internacionalistas de la buena fe y del *pacta sunt servanda*, la obligación del Estado de ejecutar lealmente al instrumento internacional, de tal modo que la omisión de hacer esto último (debido a la mora en emitir la regla local que implemente al tratado) importaría, indirectamente, también violación (por mora) de la Constitución.

En materia de derechos personales con fuente exclusiva en el derecho interno, no es raro que decenas de cláusulas “programáticas” de la Constitución nacional, enunciativas de derechos, queden congeladas ante la inacción del legislador en sancionar las normas reglamentarias del caso. El terreno más común es el de los derechos económico-sociales.⁴

También es cierto que en muchas hipótesis el constituyente ha pecado de utopismo,⁵ prometiendo a los habitantes más beneficios que aquellos que racionalmente podría declarar, en función de las posibilidades materiales o culturales del medio. En tal sentido, bien podría decirse que a mayor saturación constitucional de derechos que podríamos llamar “impracticables” o “imposibles” de realización, mayor riesgo hay de inconstitucionalidad por omisión, y aunque, en ciertas situaciones, la omisión legisferante puede hallarse en parte legitimada. Otra causal de inconstitucionalidad omisiva justificada acaece cuando el constituyente injerta en la ley suprema institutos del derecho extranjero de poca viabilidad en su país, por mero diletantismo o plagio. Pero en otros supuestos la mora en la producción de reglas generales no tiene disculpas, o simplemente es producto de intereses subalternos de los partidos, reuentes a dictar normas que pudieran perjudicar sus posiciones particulares.⁶

4 Véase también Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 2. Por supuesto, puede ocurrir, en materia de derechos humanos, que la mora estatal violente tanto reglas constitucionales internas como preceptos internacionales. Véase por ejemplo Sagüés, María Sofía, “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. especial de *Derecho Procesal Constitucional*, 19 de septiembre de 2001, p. 55.

5 Sobre las variables del utopismo (consciente e inconsciente) y otras razones que explican la inoperatividad de ciertas cláusulas programáticas, nos remitimos a nuestro trabajo “Las cláusulas programáticas de la constitución nacional y su eficacia jurídica”, *El Derecho*, Buenos Aires, 108-948.

6 Tal ha sido en Argentina el caso de la falta de sanción de la ley regulatoria del trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia que pronuncia el Poder Ejecutivo, prevista especialmente por el artículo 99, inciso 4, de la Constitución, y todavía no sancionada. Dicha norma, que re-

En síntesis, la inconstitucionalidad por omisión es un problema grave para la vigencia de los derechos humanos. Tradicionalmente el asunto fue jurídicamente desarrollado en cuanto la inconstitucionalidad por mora en la ejecución o por negación, dando lugar, *v. gr.*, a diversos tipos de amparos y mandatos de ejecución, o en la declaración de inconstitucionalidad de la norma discriminatoria en el reconocimiento de un derecho, o avara en su otorgamiento pleno. En cambio, la inconstitucionalidad por mora en la producción de normas generales fue un tópico poco desenvuelto, una suerte de “asignatura pendiente” para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. En ella nos detendremos ahora.

III. REMEDIOS CONSTITUCIONALES A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En términos generales, tuvo que esperarse a el último cuarto del siglo XX para hallar normas constitucionales que atacasen la inconstitucionalidad por omisión, ante la falta de normas generales. Ellas lo han hecho de distinto modo.

a) *La denuncia ante un órgano superior.* En tal supuesto, el sujeto-control de la supremacía constitucional detecta la mora legislativa en que incurre un organismo del Estado, e informa a un cuerpo estatal superior para que adopte alguna medida. Tal fue el criterio del artículo 377 de la Constitución de 1974 de la ex Yugoslavia. En tal caso, el Tribunal de Garantías Constitucionales comunicaba a la Asamblea de la República la renuencia de un órgano que no hubiere dictado las normas de ejecución previstas por la Constitución federal, o por las leyes y otras disposiciones y actos generales federales. El texto no determinaba, sin embargo, qué pasaba si el cuerpo moroso era la propia Asamblea de la República.

b) *La recomendación.* En tal variable, el órgano control se circunscribe a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes, que según la Constitución tiene que pronunciar. Eso debía hacer el Consejo de la Revolución, a tenor del artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1976.

cutaría las facultades presidenciales en la materia, obviamente no conviene al partido que se encuentre en el Poder Ejecutivo.

c) *El llamado de atención*. El nuevo artículo 283 de la Constitución de Portugal puntualiza que el Tribunal Constitucional, a requerimiento del presidente de la República o del proveedor de justicia (en algunos casos, de los presidentes de las asambleas regionales), cuando constate el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas, lo hará saber al órgano moroso.

d) *La intimación*. Tal ruta está contemplada por el artículo 103, inciso 2, de la Constitución de Brasil, que planifica una acción ante el Supremo Tribunal Federal. Si el mismo declara la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar ejecutable a una norma constitucional, da conocimiento al órgano renuente. Si se trata de un órgano administrativo, fija un plazo de treinta días para que realice la tarea faltante.

Singularmente severa en este punto, el artículo 336, inciso 7, de la nueva Constitución de Venezuela atribuye competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (otrora, Corte Suprema), para “Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Esta hipótesis es una interesante muestra de las sentencias llamadas “manipulativas”, y de sus variantes de sentencias “sustitutivas” y “de delegación”, que sugieren al Parlamento cuál debe ser el contenido futuro de una norma, para que resulte compatible con la Constitución.

e) *La cobertura*. Se encuentra prevista por el artículo 5o., inciso LXXXI, de la Constitución de Brasil, que (aparte de la acción de inconstitucionalidad tratada en el ya citado artículo 103, inciso 2) diseña también un mandato de ejecución en favor del perjudicado “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 mandato podría incluir así una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego, paralizado por la falta de una ley reglamentaria que torne operativa a la cláusula constitucional programática.⁷

⁷ Sobre las relaciones entre la acción de inconstitucionalidad y el mandamiento de ejecución brasileños, véase, por ejemplo, Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad

f) *La cobertura y el resarcimiento*. Es la solución más audaz, instrumentada por el artículo 207, inciso 2 “d”, de la Constitución provincial de Río Negro (Argentina). La norma bajo examen establece que El Superior Tribunal (Corte Suprema) de Justicia de la Provincia, tiene competencia:

En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Esta regla importa el avance más profundo en el control judicial de la mora legisferante en el dictado de normas generales, recogiendo la doctrina más terminante en la materia. Detectado el incumplimiento del legislador (para lo cual habrá, claro está, que dejar pasar un plazo razonable para que haya cometido su tarea), contempla la determinación o intimación judicial de un término para que cumpla su deber omitido. Si todavía guarda silencio, el Poder Judicial está habilitado para cubrir el vacío lagunoso —vale decir, a *integrar* el orden jurídico ausente, lo que implica un claro acto de creatividad judicial— siempre que ello fuese razonablemente factible (en tal sentido, pueden existir distintas clases de normas programáticas incumplidas en una Constitución: una cosa es que un juez otorgue, por ejemplo, un periodo de vacaciones concedido por la Constitución pero que la ley todavía no ha reglamentado, y otra que instrumente un sistema de seguro social obligatorio, también prometido por la Constitución, aunque no planeado por el legislador). De no ser posible la cobertura judicial de la mora legislativa, el Tribunal tendrá que establecer una indemnización en favor del perjudicado, por los daños concretos que dicha mora le ha causado.⁸

de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 70.

⁸ Para un análisis más detallado de este régimen de control judicial de la inconstitucionalidad por omisión, véase Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad

Es de observar que la cláusula constitucional citada contempla soluciones judiciales casuísticas, para cada caso concreto (ello responde al esquema normal vigente en aquella Provincia, de control de constitucionalidad con efectos para el caso específico, y no *erga omnes*). No obstante, y a fin de evitar soluciones contradictorias, la Constitución dio competencia en esta acción de inconstitucionalidad solamente al Superior Tribunal de Justicia, depositando además en el máximo órgano judicial de la Provincia la resolución de los conflictos de inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales.

g) *Compulsión constitucional*. Ocasionalmente, la Constitución puede afirmar que todas sus cláusulas son operativas, o al menos operativizables por los ejecutores de la Constitución. En tal sentido, *v. gr.*, el artículo 18 de la Constitución del Ecuador (actualizada a 1998), dispuso que “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”. El precepto agregó que “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”. En un orden similar de ideas, el actual artículo 30 de la Constitución del Paraguay dispone que “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”. Normas de ese tipo obligan a los jueces a imaginar las vías de efectivización de una norma constitucional total o parcialmente programática, haciéndola en el caso ejecutiva, de no haber el precepto legal reglamentario.

IV. REMEDIOS JUDICIALES

A falta de reglas constitucionales precisas, cabe interrogarse si los jueces pueden elaborar algún mecanismo pretoriano para combatir la inconstitucionalidad por omisión.

por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 109 y ss. Para el mecanismo de “integración” judicial de vacíos lagunosos, *cfr.* Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 286 y ss.

La doctrina tradicional respondía negativamente, al interpretar que el silencio del legislador importaba una suerte de derecho suyo, de tipo discrecional, a no instrumentar la cláusula constitucional programática. Su renuencia a legislar, además, era vista como “cuestión política no justiciable”, algo exclusivamente privativo o reservado al arbitrio y a la discreción del Parlamento. A su turno, la eventual acción de un tribunal a cubrir ese vacío lagunoso podía ser entendida como una invasión judicial al ámbito propio del Poder Legislativo.

Sin embargo, ese panorama ha cambiado en varios países. La argumentación admisorio de la gestión judicial para atender la inconstitucionalidad por mora legislativa en la producción de normas generales parte del supuesto de que la Constitución es norma jurídica obligatoria, a la que están sometidos el legislador y el juez. Si el primero no dicta la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (siempre que ese encargo no esté supeditado por la propia Constitución a la libre decisión discrecional del legislador, vale decir, siempre que se trate de una norma constitucional programática de cumplimiento obligatorio, y no meramente optativo para el legislador), está violando a la Constitución, de manera análoga a cuando dicta una ley opuesta a la Constitución. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Judicial debe hacer prevalecer a la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda, y de ser necesario, intimando al órgano moroso a que cumpla con su deber constitucional. De fracasar en esa tentativa, le corresponde al juez cubrir dentro de lo razonable y posible el vacío lagunoso, para el caso a resolver.⁹

Resulta de interés destacar que en ese quehacer, la judicatura que podríamos llamar “activista” ha hecho uso de diversas herramientas para superar a la inconstitucionalidad por omisión.

a) *Motorización directa de la constitución.* En este caso, el juez no declara explícitamente que el legislador ha infringido con su silencio a

⁹ Véase, por ejemplo entre trabajos pioneros en Sudamérica, Bidart Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 78-785; Spota, Alberto A., *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas*, La Plata, 1983, p. 179; Sagüés, Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *El Derecho*, Buenos Aires, pp. 124-950; y de modo especial, el libro de Rolano E. Pina citado en nota 16.

la Constitución, pero entra directamente a cubrir la laguna legislativa, extrayendo de la propia ley suprema los remedios del caso.

Un ejemplo tal vez paradigmático sea, en este punto, la actitud de la Corte Suprema de Justicia argentina respecto a la acción de amparo. Durante décadas, la Corte había señalado que al no haber el legislador instrumentado ese tipo de proceso rápido y comprimido para proteger a los derechos constitucionales fundamentales, el mismo no existía y los jueces no podían inventarlo. Además, indicó que el *habeas corpus* tutelaba la libertad personal, pero no podía usárselo para cubrir a otros derechos constitucionales.

Sin embargo, en 1957, en el caso “Siri”, el tribunal cambió de parecer. Ante la violación por la autoridad pública de los derechos constitucionales de libertad de imprenta y de trabajo y el planteo de su restauración por un trámite que no era el de *habeas corpus*, sino uno nuevo y distinto, la Corte dijo:

...que basta esta comprobación inmediata (la referida lesión a los derechos constitucionales) para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, 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.¹⁰

Al año siguiente, en el caso “Kot SRL”, la Corte ratificó tal tesis y la amplió: por un lado, habilitó el amparo contra actos de particulares. Por otro, lo entendió como una garantía no enumerada, que estaba en el paquete de derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución.¹¹

El discurso jurídico de la Corte, en verdad, no fue acusar al legislador de mora inconstitucional en el dictado de la Ley de Amparo, sino entender que esta última en definitiva no era imprescindible, dado que los jueces debían actuar de todos modos, pese a que la ley no estaba sancionada (“Siri”). En “Kot” se agregó otra cosa; que el amparo, en última instancia, ya estaba en la Constitución, en su artículo 33, como derecho o garantía no enumerado. De esto puede inferirse que mientras que en “Siri” se afirmaba que los jueces tenían que crear el amparo, en “Kot”

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 239:459.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 241:291.

se lo divisaba como algo ya incluido en la Constitución, pero recién “descubierto” por la Corte en 1958 (la Constitución data de 1853)

b) *Cobertura de la laguna por el derecho internacional, y por la judicatura como órgano legislativo delegado.* Este remedio ha tenido una singular aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en el caso “Productos Avón S. A.”, fallado el 24 de febrero de 1999.

El marco jurídico donde se plantea el problema (ausencia de una ley de amparo), es en la República Dominicana muy particular, ya que la Ley de Organización Judicial 821 determina, en su artículo 29, inciso 2, que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para “determinar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley o resolver cualquier punto para que tal procedimiento sea necesario”, con lo que existe una especie de delegación legislativa en manos de aquel alto tribunal, en lo que hace al establecimiento de normas procedimentales.

La Suprema Corte resuelve el problema respecto al fondo del asunto indicando que la acción de amparo está legislada en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 25, numeral 1), y que rigiendo dicho Pacto en la República Dominicana al habérselo aprobado por el Congreso Nacional y publicado en la *Gaceta Oficial*, todo ello de conformidad también con el artículo 3o. de la Constitución del país, el amparo ya existe pues en el derecho positivo dominicano en vigor.

La solución es por cierto impecable, y acredita un supuesto jurídico de *recepción*, vale decir, de un procedimiento abreviado de creación jurídica, a través del cual el legislador local, en vez de dictar una regla que cree el amparo, adopta otra (en el caso, el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado por ley al derecho dominicano) que se refiere e impone a tal acción.

Eso, por un lado. En cuanto al problema derivado de la no sanción, todavía, de una ley local procesal reglamentaria del amparo, la Suprema Corte alerta que tal omisión del legislador (así la califica) debe ser cubierta por la misma Corte, atento el artículo 29, inciso 2, de la referida Ley de Organización Judicial. Y así lo hace en el caso, determinando quién es el juez competente para entender en el amparo, y las reglas básicas de su tramitación. La cobertura por parte de la Corte tiene aquí un respaldo legislativo expreso, como es una ley que delega en ella com-

potencias legisferantes. Se trata de una alternativa de interés, aunque no demasiado frecuente en el derecho comparado.

c) *Sustracción de la ley reglamentaria*. Según esta variante, no obstante exigirse la presencia de una ley para efectivizar una norma constitucional o emergente de un tratado, el Poder Judicial entiende que ella no es imprescindible y hace operar directamente a la regla programática.

El asunto se ha suscitado en Argentina con motivo del derecho de réplica (llamado también de rectificación o respuesta). En el orden nacional no existía cláusula constitucional que lo haya establecido, pero de todos modos sí emanaba del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al derecho local primero por ley y después, según la reforma de 1994, por cláusula constitucional (artículo 75, inciso 22), incluso con rango de norma constitucional.

El problema es que el referido Pacto, al enunciar en el artículo 14, inciso 1, a la réplica, advierte que el mismo actúa “en las condiciones que establezca la ley”. Ante el silencio del legislador, la Corte Suprema de Justicia entendió primero que el referido derecho no era todavía operativo.¹² Sin embargo, y por mayoría de votos, en la causa “Ekmekdjian c. Sofóvich” cambió de parecer y siguiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva núm. 7/86), aclaró que el Estado nacional debía adoptar las previsiones para asegurar el referido derecho o garantía, so pena de violar al Pacto de San José. Concluyó que “las palabras ‘en las condiciones que establezca la ley’ se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales”, y que entre las medidas necesarias para cumplir con el Pacto estaban las sentencias judiciales. “En este sentido, afirmó, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto” (consid. 22 *in fine*).¹³

Esta forma de suplir la inacción legislativa (ante la tardanza del Congreso en sancionar la ley a la que explícitamente se refiere el Pacto) importa arbitrar la “solución judicial” de la mora legisferante, reputando no imprescindible a la ley que falta, y reemplazándola por sentencias judiciales. Se trata en verdad de una interpretación mutativa mixta, por

¹² Véase por ejemplo Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 310:508; 311:2553, y *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 1989-II-383.

¹³ *La Ley*, Buenos Aires, 1992-C-543.

sustracción-adición,¹⁴ de la exigencia formal que el Pacto hace de la ley reglamentaria, operativo exegético apurado por el compromiso internacional asumido por el Estado de cumplir con el instrumento internacional, en base a los principios de *bona fide* y *pacta sunt servanda*.

d) *Detectación judicial expresa de la inconstitucionalidad por omisión, y cobertura —también judicial— de ella*. En el desarrollo del instituto que comentamos, un paso decisivo fue la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del 29 de enero de 1969, donde se discutió la efectivización del artículo 6o., inciso 5, de la ley fundamental de Bonn, que dispuso lo siguiente: “Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos”.

El Tribunal Constitucional entendió que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto si promulga leyes que no estén de acuerdo con ella, como “si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente”. El Tribunal pensó que los veinte años transcurridos desde la sanción de la Constitución significaban un plazo que no podría atrasarse más para el cumplimiento de la cláusula constitucional, porque ésta importaba “un mandato al legislador”, vale decir, un *encargo constitucional* “cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no”.

Configurada una situación de tal clase, el Tribunal Constitucional aseveró que se hacía necesaria por parte de la judicatura la realización de la voluntad constitucional “en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador”, y siempre que la norma constitucional “involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad legal”.¹⁵

¹⁴ La interpretación mutativa deja al texto de la norma intacto, pero le da a ella un contenido normativo distinto al inicial. La “mixta”, por sustracción-adición, “quita” algo de su contenido y le agrega otro diferente. En el caso que comentamos, se sustrae de la norma (el Pacto) la obligación estatal de dictar la ley reglamentaria de réplica, y se reemplaza el concepto de “ley”, por el de sentencias judiciales. Véase nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 51 y ss.

¹⁵ Cfr. Pina, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas*, Buenos Aires, 1973, Astrea, pp. 72 a 108, con un excelente desarrollo del tema. Véase también Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 312-315. Este texto constituye probablemente el trabajo más exhaustivo en lengua española sobre el tema.

En definitiva, según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriban en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional *omissio medio*, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador.

V. CONCLUSIONES

El tema de la inconstitucionalidad por omisión ha sido históricamente una suerte de *political question*, o cuestión no justiciable. El silencio o la mora legislativa fueron reputados asuntos reservados a la discreción y voluntad de quien debía dictar la norma general faltante, y sobre lo cual no debía expedirse la justicia.

En las últimas décadas, en cambio, ha crecido la doctrina que reputa a la inconstitucionalidad por omisión como un tema preocupante, que debía exigir remedios constitucionales para resolverlo, sea por la Constitución misma, por leyes ordinarias e incluso respuestas pretorianas por los tribunales, aunque no hubiese ley reglamentaria sobre el tema.

Se trata, por tanto, de un capítulo en permanente y eruptiva elaboración, donde confrontan posiciones conservadoras frente a posturas activistas que reclaman un mayor protagonismo judicial. Es notorio que todo ello muestra un cambio en la conciencia jurídica constitucionalista: la sociedad contemporánea reclama al Poder Judicial soluciones, aunque ellas no hayan sido previstas por los poderes legislativo o ejecutivo. Ello coincide con una mayor demanda colectiva de justicia: situaciones injustas que otrora se soportaban, hoy resultan ya inadmisibles.

También es cierto que en esa búsqueda de soluciones, algunas veces se pergeñan recetas que pueden implicar un exceso en los papeles judiciales. Por ejemplo, la reciente regla (artículo 336, inciso 7) de la Constitución venezolana de 1999, en cuanto deja a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la inconstitucionalidad por omisión legislativa, “de ser necesario”, establecer “los lineamientos de su corrección” podría significar una interferencia tribunalicia en el contenido de la norma general faltante y que debe dictarse por el legislador. La frase constitucional en cuestión, sin embargo, podría admitir una interpretación más aceptable si aquellos posibles “lineamientos” a fijar por la Sala

Constitucional se circunscribieran, por ejemplo, a la determinación del tiempo y de las materias sobre las que debería expedirse el legislador renuente.

En definitiva, a la justicia constitucional de nuestros días se le exige que atienda de algún modo efectivo a la inconstitucionalidad por omisión, que se perfila como una inconstitucionalidad más que tiene que ser inexorablemente asumida y resuelta. De haber fórmulas constitucionales o legales para atacarla, ellas deben ser transitadas. Pero si no existen, los otros procesos o acciones constitucionales (como la acción declarativa de inconstitucionalidad, los mandamientos de ejecución o el amparo) merecen ser reciclados por los tribunales para albergar la impugnación de la inconstitucionalidad por omisión.

Esto último es así porque la violación a la Constitución que significa la inconstitucionalidad por omisión en cualquiera de sus variantes (incluso, en la no producción de las normas ordinarias instrumentadoras de las reglas constitucionales programáticas), no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente, no instrumente a su vez remedios procesales para atacar a aquella inconstitucionalidad por omisión. Caso contrario, el remedio contra esta tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En definitiva, pues, es al Poder Judicial a quien le toca diseñar tales vías procesales, si el legislador común no lo hace. La ya mencionada doctrina de la Corte Suprema de Justicia argentina, al crear la acción de amparo en los casos “Siri” y “Kot”, mantiene permanente vigencia y valor emblemático.

También se ha visto que el derecho internacional, a través —por ejemplo— del Pacto de San José de Costa Rica, puede resultar una fuente jurídica provechosa para cubrir eventuales lagunas domésticas.

En síntesis, lo importante es imaginar y aplicar una solución operativa. Lo inadmisibles es que los tribunales se queden cruzados de brazos, so pretexto de que no hay una norma procesal explícita para combatir a la inconstitucionalidad por omisión.