
Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales

*Recorrido por el derecho y la jurisprudencia
americanos y europeos*

VÍCTOR BAZÁN



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

CONTROL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES

Recorrido por el derecho y la jurisprudencia
americanos y europeos

VÍCTOR BAZÁN

Bazán, Víctor
Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales / Víctor Bazán. --
Bogotá : Fundación Konrad Adenauer, 2014.
992 p. ; 21 cm.
ISBN: 978-958-58530-3-4
Incluye bibliografía.
1. Derecho constitucional 2. Control de inconstitucionalidad 3. Inconstitucionalidad
por omisión 4. Inconventionalidad por omisión I. Tit.
342.86
cd 21 ed.

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© 2014 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
© 2014 Víctor Bazán.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla

© Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconventionales
Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos

Autor: Víctor Bazán

ISBN: 978-958-58530-3-4
Primera edición: Diciembre de 2014
Impreso en Colombia

Corrección de estilo:
Marcela Manrique

Producción Gráfica
Opciones Gráficas Editores Ltda.
Teléfono: 224 1823 - 430 1962
www.opcionesgraficas.com

Esta publicación se distribuye de manera gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

El autor

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Miembro del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Profesor titular (catedrático) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina) de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional; y Derecho Internacional Público. Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Autor, coordinador y/o coautor de alrededor de 85 libros y autor de más de 220 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional, publicados en Argentina y el extranjero. Profesor invitado de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor en diversas maestrías y otros programas de posgrado en universidades argentinas y extranjeras. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador de la Universidad de Bolonia (Italia).

Miembro individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el que forma parte de su Junta Directiva. Vicepresidente del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, donde en numerosas ocasiones ha sido integrante de su Comité Ejecutivo. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en la que ha desempeñado diversos cargos directivos.

Ha realizado numerosas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como profesor visitante —según corresponda— en universidades, centros de estudio y organismos públicos de Argentina, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, EE.UU., Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Algunas siglas y abreviaturas empleadas

ADC	Acción declarativa de constitucionalidad (Brasil)
ADIn	Acción directa de inconstitucionalidad (Brasil)
ADO	Acción directa de inconstitucionalidad por omisión (Brasil)
ADPF	<i>Arguição de descumprimento de preceito fundamental</i> (Brasil)
Art.	Artículo
B.O.	Boletín Oficial (Argentina)
BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i> Tribunal Constitucional Federal (Alemania)
CABA	Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
C.C.	Corte Constitucional (Colombia)
CCABA	Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina)
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CETFDCM	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
C.N.	Constitución Nacional (Argentina)
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comité de DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas
Consid.	Considerando
Convenio N° 169 de la OIT	Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Corte Suprema o CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
C.P.C.C.N.	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
C.P.N.	Código Penal de la Nación (Argentina)
C.P.P.N.	Código Procesal Penal de la Nación (Argentina)
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
D.O.F.	Diario Oficial de la Federación (México)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

F./F.J.	Fundamento/Fundamento Jurídico
GG.	<i>Grundgesetz</i> (Ley fundamental de la República Federal de Alemania)
M.I.	<i>Mandado de injunção</i> (Brasil)
M.P.	Magistrado o Ministro Ponente
OAB	Orden de los Abogados (Brasil)
O.C.	Opinión Consultiva
OEA	Organización de los Estados Americanos
O.G.	Observación General
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Protocolo de San Salvador	Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
T.C.	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México)
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)

*A Graciela, mi esposa,
por todo y para siempre.*

Prólogo

Me complace presentar esta obra maestra denominada *El Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales*. Esto, que suena aparatoso y requiere explicación, al menos para el lego jurídico, toca dilemas fundamentales del Estado constitucional de Derecho, anclado en la democracia y la separación de poderes: ¿Cómo responder desde la justicia a la esquizofrenia constitucional latinoamericana? ¿Cómo construir Estados y sociedades que logren una mayor coherencia entre sus textos constitucionales y la vida real? ¿Cómo lograr que no sean solamente pueblos de Potemkin con Cartas Magnas como fachadas perfectamente ideadas, detrás de las cuales, sin embargo, se vislumbra una verdad incómoda?

Como integrante del *Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, coordinado por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, y por su intensa actividad académica internacional –en contra de todas adversidades debidas a su residencia en la remota San Juan de Argentina – Víctor Bazán tiene una perspectiva privilegiada, tanto teórica como práctica, sobre la praxis constitucional de un amplio escenario de Estados.

Para contribuir a la investigación sobre el papel que, en relación con los dilemas planteados, podrán jugar los jueces, el autor analiza diferentes experiencias de las Américas y de Europa. Del diagnóstico que realiza sobre el Estado constitucional, especialmente en Latinoamérica, se demuestra una notable brecha entre la aspiración y la realidad. Esto se debe, no solo al carácter sumamente ambicioso de muchas Cartas Magnas del continente, sino también a que para su materialización queda algo de camino por construir.

Como dice el propio autor, si el control constitucional por acción positiva del legislador causa tensiones entre ambos poderes, más aún ocurre con el control por omisiones legislativas, cuando *no* se ha regulado algo sobre lo cual la ley fundamental ordena legislar, o se ha hecho de manera insuficiente. Ese control judicial de tal indebida inacción resulta especialmente delicado por cuestionar la pertinencia de la decisión del parlamento de no legislar, hacerlo en otro tiempo o de otra forma para concretar un mandato constitucional. De ahí que una sentencia podría significar una injerencia en la autonomía de los representantes electos para priorizar y seleccionar entre diferentes necesidades de política pública. El juez, a través de su propia interpretación, podría llegar a sustituir la lectura del legislador sobre prioridad y conveniencia de concretar determinado mandato constitucional.

Surge además la duda sobre la procedencia de la sentencia judicial como instrumento adecuado para sancionar la inercia del legislador, ¿no serían más bien

unas elecciones, mediante las cuales el ciudadano podría aprobar o rechazar las prioridades establecidas, el conducto regular para tratar las omisiones legislativas?

Todos estos cuestionamientos contrastan con la necesidad de hacer efectiva la norma de normas para que no degeneren en pura poesía constitucional, sino penetre todo el ordenamiento jurídico e inspire el actuar del Estado en todos sus niveles. Desentonan además con la percepción de la brecha entre norma y realidad que existe en muchos Estados.

Podría decirse entonces, que en semejantes estados de cosas inconstitucionales –para hacer una analogía con el concepto creado por la Corte Constitucional colombiana– resulta legítimo plantear un rol más activo al juez, con el fin de impulsar transformaciones que, aunque plasmadas en los pactos sociales, no se materializan por la “aparente” reticencia o incapacidad de la institucionalidad democrática para traducir la voluntad del constituyente en políticas públicas. El juez llegaría, entonces, a compensar o a subsanar la crisis de representatividad democrática, como vocero de individuos o colectivos que no logran canalizar efectivamente sus demandas por las vías electorales. Podría verse también como una acción contra-mayoritaria en casos de omisión, bajo el entendido de que el juez también interviene en tal sentido contra actos positivos que violen derechos y hayan sido aprobados por la mayoría democrática. En últimas, tanto en un caso como en el otro, el juez constitucional estaría actuando en defensa de las bases mismas del Estado constitucional, democrático y social de Derecho.

No hay duda de que hacer valer los derechos consagrados en las leyes fundamentales es condicionante de la credibilidad de un sistema político que apuesta por la libertad y la autonomía de la persona. El ciudadano común, a diferencia de las Catalinas II de Rusia, no conoce solo al Estado de la cara bonita del texto constitucional. El ciudadano de a pie vive detrás de la fachada de Potemkin. Y, en la medida en que con el paso del tiempo la parte trasera no se vaya asemejando al frontispicio, el elector consciente optará por la construcción de un nuevo edificio constitucional.

Es por tanto apreciable que existan preocupaciones fundadas en contra, al igual que razones legítimas a favor, de un control de las omisiones inconstitucionales o inconvencionales. De ahí el valioso aporte del autor al indagar a profundidad y partiendo de experiencias comparadas, sobre los argumentos a favor y en contra de esta figura, así como sobre todo los criterios y las modalidades para el adecuado ejercicio de un control judicial de las omisiones legislativas cuando estas resulten inconstitucionales o inconvencionales. El prudente ejercicio de las facultades de intervención del juez en el corazón del Estado constitucional determina su suave latido por el bien de la persona.

Dr. Christian Steiner

Director

*Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer*

Prólogo	11
Presentación	17
Introducción	19
Título primero. Ciertos temas relevantes del Estado Constitucional con los que se relaciona la inconstitucionalidad por omisión	37
Capítulo I. Del estado Legal o Legislativo de Derecho al Estado Constitucional	39
Capítulo II. Fuerza normativa de la constitución	53
Título segundo. La interpretación jurídica en general y la interpretación constitucional en particular	65
Capítulo I. Aproximación teórica a la polifacética temática de la interpretación jurídica en general	67
Capítulo II. Sobre la interpretación constitucional	73
Título tercero. Inconstitucionalidad por omisión (I): Deslinde conceptual	93
Capítulo I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión?	95
Título cuarto. Inconstitucionalidad por omisión (II): Tipologías de omisiones inconstitucionales y otros rasgos salientes de la figura	109
Capítulo I. Aportes taxonómicos y ciertas pautas para detectar las pretericiones inconstitucionales	111

Título quinto. Inconstitucionalidad por omisión (III): Su vinculación con los derechos fundamentales	131
Capítulo I. Relación con los derechos fundamentales en general	133
Capítulo II. La inconstitucionalidad por omisión en el sensible ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales	145
Título sexto. Inconstitucionalidad por omisión (IV): Erosión del modelo de “legislador negativo”. Interpretación conforme a la Constitución	163
Capítulo I. Insuficiencia del paradigma kelseniano. La interpretación conforme a la constitución, germen de las sentencias interpretativas	165
Título séptimo. Inconstitucionalidad por omisión (V): Sentencias “atípicas o intermedias” en general e “interpretativas” en particular. Decisiones “unilaterales y bilaterales”, dentro del ámbito de las “atípicas o intermedias”. Modulación de los efectos de los fallos constitucionales	175
Capítulo I. Consideraciones generales. Especial acercamiento a las sentencias “interpretativas”	179
Capítulo II. La vertiente clasificatoria de las “atípicas o intermedias” como pronunciamientos “unilaterales y bilaterales”	197
Capítulo III. La modulación de los efectos de las sentencias constitucionales	221
Capítulo IV. Apreciaciones finales	251
Título octavo. Inconstitucionalidad por omisión (VI): Objeciones que se formulan al instituto	257
Capítulo I. Respuestas a los principales cuestionamientos	259
Título noveno. Control de convencionalidad e inconvencionalidad por omisión	285
Capítulo I. Control de convencionalidad	287
Capítulo II. Anticonvencionalidad por omisión	327

Título décimo. La inconstitucionalidad por omisión en la Argentina (I):

Base constitucional legitimante	341
Capítulo I. ¿Existe una plataforma normativa de sustento para habilitar la inconstitucionalidad por omisión?	343

Título undécimo. La inconstitucionalidad por omisión en la Argentina (II):

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	361
Capítulo I. Jurisprudencia negatoria	365
Capítulo II. Jurisprudencia admisorias	393
Capítulo III. Aspectos jurisprudenciales relevantes y un contexto de redefinición del perfil institucional de la Corte Suprema	439

Título duodécimo. Análisis de las experiencias en el derecho comparado (I).

Prescripciones constitucionales nacionales que contemplan la figura	459
Capítulo I. La (hoy extinta) República Socialista Federativa de Yugoslavia	463
Capítulo II. Portugal	469
Capítulo III. Hungría	501
Capítulo IV. Brasil	515
Capítulo V. Venezuela	553
Capítulo VI. Ecuador	585

Título decimotercero. Análisis de las experiencias en el derecho comparado (II).

Prescripciones constitucionales estatales o provinciales en la materia	599
Capítulo I. Estados de la República Federativa del Brasil	605
Capítulo II. Entidades Federativas de México	619
Capítulo III. Provincia de Río Negro en Argentina	645

Título decimocuarto. Análisis de las experiencias en el derecho comparado (III).

Instrumentación de la figura por la vía legal	663
Capítulo I. La legislación de Costa Rica	665
Capítulo II. El particular caso de República Dominicana	697

Título decimoquinto. Análisis de las experiencias en el derecho comparado (IV).	
Implementación por vía jurisprudencial (I): Europa	707
Capítulo I. Alemania, Austria, España e Italia. Otros casos en Europa	709
Título decimosexto. Análisis de las experiencias en el derecho comparado (V).	
Implementación por vía jurisprudencial (II): América	747
Capítulo I. Colombia	751
Capítulo II. Perú	775
Capítulo III. Guatemala y México. Algunas imágenes en Chile, El Salvador y Nicaragua	813
Capítulo IV. Sucinta alusión a EE.UU.	881
Título decimoséptimo. Panorama esquemático de respuestas jurisdiccionales ante las omisiones inconstitucionales	895
Capítulo I. Repertorio de soluciones para corregir la inconstitucionalidad por omisión. Algunas cuestiones conflictivas	897
Conclusiones	929
Bibliografía	943

Presentación

I. La obra que presento es producto de una investigación muy ardua y exigente, desarrollada —con grados diversos de intensidad— a lo largo de muchos años. El esfuerzo ha sido enorme, como innumerables fueron las dificultades para desarrollarla, concluirla y publicarla. Supongo que seguí adelante movido por la tentación de lo que parecía imposible.

Hoy ve la luz gracias a la benevolencia del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por lo que ofrezco aquí un sincero testimonio de agradecimiento al Director del Programa, Dr. Christian STEINER, quien con gran generosidad ha considerado que este trabajo puede resultar de alguna utilidad para los operadores del sistema jurídico, decidiendo —en consecuencia— patrocinar su publicación.

II. Por casualidad o causalidad este libro se edita coincidiendo con el décimo aniversario del fallecimiento del querido amigo Dr. Germán BIDART CAMPOS, cuyas precursoras enseñanzas en diferentes ámbitos del derecho constitucional y los derechos humanos, entre ellas las relativas a la inconstitucionalidad por omisión, cobran cada día mayor vigencia. A modo de homenaje hago presente mi modesto pero muy franco recordatorio al apreciado Maestro.

También coincide con el vigésimo aniversario de la cuantitativa y cualitativamente importante reforma constitucional argentina operada en 1994, innovación que —pese a algunos bemoles— ha sido fructífera en la positivación de los procesos constitucionales, la consagración de nuevos derechos y garantías y la jerarquización de un importante plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

III. Hago pública mi especial gratitud a los Dres. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Jorge Reinaldo VANOSI, Alejandro PÉREZ HUALDE y Emilio VÁZQUEZ VIERA, quienes tuvieron la amabilidad de leer y dar el visto bueno a una versión preliminar y bastante más reducida a la que finalmente hoy se publica.

Igualmente agradezco a los amigos y amigas que en su momento me acercaron algún material bibliográfico o hemerográfico para enriquecer el libro. En particular, muchas gracias a María Alejandra CORDONE ROSELLÓ, Rui Samuel ESPÍNDOLA, Alfonso

HERRERA y Javier TAJADURA TEJADA. También, a otros colegas que se citan en el texto por haberme remitido alguna opinión respecto del tema central que este ensayo aborda.

Desde un plano más íntimo, el hondo agradecimiento a mi esposa y mis hijos por su inagotable paciencia y cariñosos acompañamiento y contención en las infinitas jornadas que se sucedieron para producir y luego corregir esta obra. A ellos, también mis sentidas disculpas por todo el tiempo y las cosas que en esos extensos períodos dejé de darles.

IV. El libro se inscribe en la búsqueda de caminos para incrementar los niveles de eficacia y cumplimiento de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En él se proponen reflexiones críticas, se plantean dudas y se ofrecen referencias empíricas para materializar las determinaciones normativas y superar inercias, silencios y tácticas elusivas que mediatizan o bloquean la normatividad y la supremacía constitucionales y de los compromisos internacionales sobre derechos humanos en el marco de un Estado Constitucional y Convencional cada día más demandante.

Como siempre, la última palabra la tendrá el lector, quien juzgará si este esfuerzo editorial, pese a sus limitaciones y defectos, valió la pena.

Víctor BAZÁN

San Juan, Argentina, junio de 2014

INTRODUCCIÓN

I. Consideraciones preliminares

1. Enunciación de las proposiciones que delimitan el contenido de la obra

Previo a anunciar el contenido específico del trabajo, su estructura y el itinerario que recorreremos para abordarlo, es imprescindible adelantar las proposiciones básicas en que se sustenta.

A) La Constitución puede recibir agresiones activas u omisivas; en otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o por omisión.

La supremacía y la fuerza normativa de la Ley suprema componen el fundamento esencial del control de constitucionalidad.

B) La corrección jurisdiccional de las omisiones anticonstitucionales representa una garantía frente a la inercia, principalmente legislativa, y no puede ser descalificada *a priori* bajo el pretexto de que ella promueve una ilegítima intrusión de la justicia constitucional en la esfera funcional del legislador o de las autoridades respectivas.

Tampoco sería válido escudarse tras la afirmación de que no es viable su articulación porque no existe una positivación expresa de tal facultad fiscalizadora en cabeza de la magistratura jurisdiccional.

C) El examen de las experiencias *normativas*, constitucionales o subconstitucionales, y *jurisprudenciales* en el derecho comparado europeo y americano, pone al descubierto una creciente preocupación por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para subsanar las omisiones inconstitucionales.

Se afirma una tendencia de apertura del debate en cuyo interior late la percepción en cuanto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene mucho por aportar* en aras de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real y no sólo declamada de los derechos en un contexto democrático y la consolidación del Estado Constitucional.

D) Para evitar caer en especulaciones exclusivamente teóricas, al hilo de la virtualidad aplicativa de la preceptiva constitucional, el desafío radica en idear dispositivos de protección desde la magistratura constitucional para superar en la realidad jurídica las pretermisiones inconstitucionales y las consecuencias lesivas que se desprenden de tal inactividad.

Dichas técnicas deberán buscar un adecuado equilibrio que ni tolere una filtración invasiva indiscriminada de la judicatura en el ámbito competencial de los otros poderes del Estado, ni consienta una sistemática postergación de los mandatos constitucionales al influjo de actitudes omisivas de las autoridades concernidas, para quienes la supremacía de la Constitución es indisponible.

E) Si bien en Argentina no existe, en el orden federal, una norma que institucionalice expresamente una acción específica de inconstitucionalidad por omisión, sí es dable localizar o distinguir una plataforma constitucional legitimante de la competencia del órgano judicial, encabezado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, para salvaguardar o restablecer la primacía constitucional respectivamente amenazada o lesionada por medio de omisiones, inactividades, inercias o silencios inconstitucionales, primordialmente procedentes del legislador.

Este último se encuentra vinculado *negativa y positivamente* a la Constitución. Es decir que tanto tiene el *deber general negativo* de abstenerse de cualquier actuación que viole la Norma superior, como el *deber general positivo* de operar de acuerdo con sus postulados y mandatos.

F) La creciente trascendencia de la intersección del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, la magnitud que los instrumentos internacionales en este campo ostentan en Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994 (e incluso, algunos años antes de ella por conducto de la doctrina jurisprudencial de la CSJN) y la obligación de los jueces y las demás autoridades públicas de llevar adelante el *control de convencionalidad*, nos mueven a analizar si existe un terreno compacto que permita dar un paso más y, sobre tal base, discurrir respecto a la temática de *la fiscalización de las omisiones inconvencionales o anticonvencionales*.

La reflexión crítica al respecto no prescindirá de la premisa que indica que la Constitución nacional (en adelante, también, C.N.) y los compromisos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la Convención Americana en la materia —CADH— y la interpretación que de ésta realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH—), conforman un bloque que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato jurídico y axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad de la persona*.

2. La argumentación central que nutrirá al trabajo y otras consideraciones adicionales

A) Concretamente, intentaremos demostrar aquí que *el control sobre las omisiones inconstitucionales no sólo es factible sino aconsejable, para lo cual el órgano competente para corregirlas deberá actuar con firmeza pero también con prudencia, abonando así el suelo para favorecer la dinamización de los mecanismos de defensa y realización de la Constitución y los derechos fundamentales.*

La proposición que formulamos supone partir de una cosmovisión jurídica impregnada de un fuerte e intenso compromiso con la Constitución por parte de constituyentes, legisladores, jueces y demás interlocutores jurídicos. Además, supone una superación de preconceptos y estereotipos en materia de control de constitucionalidad, y una fuerte apuesta por el aseguramiento de la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental.

Somos conscientes de que la cuestión sobre la que discurriremos no deja de ser problemática, pues implica internarse en terrenos *incómodos* del control de constitucionalidad, enlaza con complejas cuestiones como las de *la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y roza puntos conflictivos al procurar corregir inoperancias provenientes principalmente del legislador, que puede sentirse *invadido* en espacios que considera de su exclusiva discrecionalidad o *limitado antidemocráticamente*.

B) Por su parte, el recurso iuscomparatista que con asiduidad se empleará obedece no sólo a que innegablemente *el derecho propio no es el único posible*, sino también a que las soluciones que ofrece el derecho comparado pueden funcionar, no sin beneficio de inventario, como disparadores o inductores de aportaciones doctrinarias y visiones jurisprudenciales que operan útilmente en aquellos países que, como Argentina en el ámbito federal, carecen de normas constitucionales o legales específicas que institucionalicen la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

C) Ligado a ello, vale anticipar que la investigación que realizaremos será tanto *descriptiva* como *prescriptiva*.

En ese sentido, además de presentar de modo teórico el problema de la anticonstitucionalidad omisiva, se reseñarán prácticas normativas y jurisdiccionales del derecho comparado para extraer ingredientes que, valoración crítica mediante, permitan construir los perfiles del control de constitucionalidad de las pretericiones inconstitucionales y una sistematización de diversas tipologías de pronunciamientos

que podría emitir la magistratura para salvarlas, morigerarlas o prevenirlas de cara al futuro.

Dicho de otra manera, se detallará el *status quaestionis*, dejando nuestras impresiones al respecto, y también se procurará acercar un aporte para generar o profundizar la discusión en torno a otros modelos posibles de actuación jurisdiccional que pudieran modificar, potenciar u optimizar prospectivamente aquello que ya se encuentra en funcionamiento.

Naturalmente, y para evitar frustraciones, tal eventual extrapolación de elementos normativos u opciones sentenciales al escenario constitucional argentino deberá tener muy presente la idiosincrasia, la cultura, los valores jurídicos y el paradigma de fiscalización constitucional que en el país imperan.

D) La abigarrada gama de alternativas que la visión iuscomparada ofrece a la magistratura constitucional respecto de las omisiones inconstitucionales incluye, por ejemplo, la dación *directa y unilateral* de la solución desde la jurisdicción o su resolución por medio del establecimiento de una *relación dialógica* con los restantes poderes del Estado, aunque en cualquier caso deberá aquella asumir un rol decidido y activo en el marco de una defensa responsable y diligente de la Constitución, exteriorizando un comportamiento comprometido pero también prudente.

El tema que examinaremos no está exento de dificultades y, como todo cambio, la habilitación de nuevos espacios de control de constitucionalidad supone retos para la creatividad de la doctrina, los jueces y los actores del sistema jurídico-institucional en general.

E) Por último, y con específica referencia al caso argentino, debe advertirse que lo ideal, desde una mirada de *lege ferenda o desiderata*, sería la instrumentación por vía legal de una *acción de inconstitucionalidad por omisión*.

Hasta tanto ello se cristalice, si acaso en algún momento así ocurre, nos vemos necesariamente empujados a afrontar el problema desde una óptica de *lege lata*. Instalados en este contexto, nos parece significativo proyectar analíticamente las posibilidades, las características y los alcances de la labor jurisdiccional en la materia, que permitan prevenir o superar inercias contrarias a la Ley fundamental y, avanzando un poco más, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia constitucional (art. 75, inc. 22, párrafo 2º, de la C.N.), particularmente la CADH.

El asunto está lejos de ser meramente especulativo o académico, puesto que la propia CSJN, con mayor o menor contundencia o nivel de verbalización, exhibe en su acervo jurisprudencial ciertos pronunciamientos en los que ha procedido a detectar

y corregir omisiones *contra Constitutionem*. También ha dado tempranas muestras de permeabilidad ante el *control de convencionalidad* exigido por la Corte IDH a los jueces y demás autoridades públicas.

F) La delimitación temática que hemos formulado supone que quedarán fuera de esta indagación algunos instrumentos jurídico-políticos que en ciertas condiciones pueden brindar alguna utilidad para sacudir la inercia del legislador.

Así, en tanto dirigiremos nuestra mirada fundamentalmente a las posibles soluciones que pueden dispensarse desde la justicia constitucional, no nos ocuparemos de institutos tales como la iniciativa popular legislativa, figura que se inserta entre los mecanismos de democracia semidirecta, es conocida en el derecho comparado y, en el caso de Argentina, quedó positivada por la reforma de 1994 en el art. 39¹ de la C.N., aunque hasta el momento ha resultado de casi nula utilización.

II. Sobre la originalidad del intento de aporte que contiene este trabajo

Es preciso dejar en claro que si bien la *inconstitucionalidad por omisión* puede resultar para muchos novedosa o directamente ignota, lo cierto es que en puridad es conocida y aplicada (con dispares dosis de intensidad) en diversos escenarios jurídicos europeos y latinoamericanos; también, *mutatis mutandis*, en espacios africanos y asiáticos. Ello explica cómo y por qué es posible encontrar desarrollos doctrinarios y avances normativos y jurisprudenciales en esta zona temática.

Por el contrario, la problemática de la *inconventionalidad por omisión* no ha sido pormenorizadamente estudiada por la doctrina ni abordada por los tribunales. Es decir, es un tema prácticamente inexplorado y, por tanto, novedoso y obviamente aún carente de una sólida construcción teórica.

1 Dicho precepto constitucional establece:

“Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

“El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

“No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

Dado entonces que existe mayor material de análisis sobre las omisiones inconstitucionales y que estas dan vida al núcleo de la investigación que proponemos, nos entregaremos primordialmente a desentrañar el control ejercitable sobre las mismas, desde las perspectivas constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal.

Una temática tan sugerente como conflictiva nos mueve a intentar acercar alguna contribución original para profundizar el estudio de alternativas sentenciales idóneas para *conjurar las omisiones inconstitucionales*, que hostigan y dificultan la pretensión de vigencia plena de la Constitución jurídica.

Ya en menor medida cuantitativa, procuraremos dejar instalados algunos aspectos y cuestiones atinentes a la *anticonvencionalidad por omisión*, como aportación para *visibilizar* el tema, ponerlo en línea de debate doctrinario y estimular la inquietud de la jurisprudencia por el mismo, ámbitos en los que —como se anticipaba— aún no se han dado muestras de una significativa preocupación.

III. Estructura y contenido de la investigación

1. Breves aclaraciones formales

A) Las relaciones que guardan entre sí las diversas partes del trabajo y el encadenamiento lógico entre ellas nos han llevado a dividir el cuerpo de la exploración en diecisiete (17) títulos, además de la presente Introducción que los precede y del aparte de Conclusiones que les seguirá.

Según los requerimientos y la extensión de cada tema o cuestión que se aborde en el nudo de la obra, los títulos contendrán uno o más capítulos.

B) Además se deja aclarado que, salvo expresa puntualización en contrario, cuando en los textos transcritos literalmente aparezcan (en el cuerpo del trabajo o en las notas a pie de página) párrafos o palabras en estilo de fuente *cursiva o itálica*, ello obedecerá a nuestra intención personal de enfatizar esos contenidos o ideas, lo que supone que tales destacados no figuran en la fuente original.

C) Más allá de la existencia de una parcela específica de conclusiones finales, que aparecerá luego de la culminación del cuerpo del libro, a lo largo de los desarrollos argumentales de la investigación y cuando la ocasión lo amerite metodológicamente, intercalaremos nuestras impresiones de recapitulación y/o evaluación particulares respecto de ciertos problemas o tópicos determinados.

2. El recorrido propuesto

A) Sector introductorio

Como se puede apreciar, en el segmento que estamos recorriendo se efectúan los planteos introductorios y de contextualización de este intento propositivo, además de formularse los planteamientos principales en torno al problema central a investigar: *la inconstitucionalidad por omisión* y las posibilidades de su control y corrección constitucionales.

Asimismo, se ofrecen ciertas puntualizaciones formales, metodológicas y terminológicas, se delinea el aporte original que esta investigación procurará ofrecer y se anuncian tanto la estructura general del trabajo como, sintéticamente, las líneas temáticas principales que darán forma a su contenido.

B) Cuerpo del trabajo

a) Título primero

Dividido en dos (2) capítulos, contendrá el examen de diversas cuestiones relevantes del Estado Constitucional que de una u otra manera se relacionan con la inconstitucionalidad por omisión y aportan insumos para algunas argumentaciones posteriores.

Así, en primer lugar, pasaremos revista al pasaje del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional y a sus importantes connotaciones en torno a la tensión constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento o congreso, relación tensional de la que la inconstitucionalidad por omisión representa un capítulo más.

Aludiremos también al derrumbe del “mito del legislador infalible” y, por tanto, al refuerzo de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución a partir del paralelo fortalecimiento de la justicia constitucional y de la vinculación del legislador a la Ley suprema. Indudablemente, ese compacto de factores allanó el camino para que el control de constitucionalidad viera incrementada su cotización jurídica y axiológica.

b) Título segundo

Este espacio permitirá que nos explayemos acerca de un asunto tan actual como polifacético y complejo, pero que en cualquier caso resulta de gran utilidad para el Estado Constitucional contemporáneo: la interpretación *jurídica en general* y, ya en particular, la *interpretación constitucional*.

El título se compone de dos (2) capítulos en los que recorreremos aspectos teóricos del proceso hermenéutico y problemas que giran en su derredor, así como algunas de las numerosas implicaciones prácticas que de aquellos derivan para el juez y los demás operadores jurídicos. Nos acercaremos a temas muy significativos, como el relativo a los métodos tradicionales de interpretación jurídica; intentaremos responder al interrogante acerca de si ellos resultan o no de aplicación en el ámbito de incumbencia de la interpretación constitucional; y repasaremos otras propuestas metodológicas actuales que pueden aportar para que el juez constitucional cuente con mayores y mejores herramientas para desenvolver su tarea hermenéutica.

El contenido de este título servirá de base para el tratamiento de otros tópicos estrechamente ligados a la inconstitucionalidad por omisión y los medios para subsanarla, como por ejemplo los de la “interpretación conforme” y las “sentencias interpretativas”, cuyo empleo se ha diseminado en los ámbitos de actuación de numerosos órganos de cierre de la justicia constitucional en Europa y América. Tales cuestiones serán retomadas en los títulos sexto y séptimo.

c) Títulos tercero a octavo

En este segmento enfocaremos frontalmente diversos aspectos, características, modalidades, problemas y objeciones relativos a la *inconstitucionalidad por omisión*.

Sucesivamente afrontaremos los perfiles conceptuales de la figura (título tercero); las tipologías de omisiones inconstitucionales y otros rasgos salientes del instituto (título cuarto); y la conexión de éste con los derechos fundamentales en general y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en particular (título quinto).

Más adelante, discurriremos sobre la insuficiencia y las grietas que ha mostrado el paradigma kelseniano de “legislador negativo”, para pasar a enfocar la anunciada temática de la “interpretación conforme” a la Constitución (título sexto).

Luego examinaremos la multifacética vertiente temática referida a las sentencias “atípicas o intermedias”, las decisiones “interpretativas” como especie de ellas y, particularmente, una subcategoría de las “interpretativas”, las *“aditivas clásicas o puras”*, que prestan gran utilidad para conjurar las *omisiones inconstitucionales relativas o parciales*. Pasaremos luego a enfocar una vertiente taxonómica que al interior de las sentencias “atípicas o intermedias” las distingue entre pronunciamientos *“unilaterales y bilaterales”*, poniendo especial énfasis en estos últimos. Continuaremos el esquema expositivo con una temática que se ha mostrado muy productiva en el ámbito de despliegue funcional de los órganos de cierre de la justicia constitucional: la *modulación de los efectos de las sentencias constitucionales* (estimatorias) que usualmente ponen a aquellos tribunales constitucionales o cortes supremas en línea de contacto con el

parlamento o congreso (según corresponda). Finalmente, intentaremos algunas reflexiones recapitulativas. Los diferentes tópicos anunciados en este bloque se examinarán a lo largo del título séptimo, respectivamente en los capítulos I, II, III y IV.

Posteriormente, presentaremos los principales cuestionamientos y objeciones que se esgrimen contra la viabilidad del control sobre las omisiones inconstitucionales, e intentaremos dar respuesta a cada uno de ellos (título octavo).

d) Título noveno

En sus capítulos I y II nos concentraremos en los temas del control de convencionalidad en general y, en particular, en las posibilidades de sustentación de la aún prácticamente inexplorada *inconventionalidad por omisión*.

e) Títulos décimo y undécimo

Ambos están íntegramente dedicados al caso argentino.

En primer lugar, reflexionaremos acerca de si existe base constitucional suficiente para sustentar la procedibilidad del control de constitucionalidad respecto de omisiones que pudieran resultar *contra Constitutionem* (título décimo).

Posteriormente, abordaremos detalladamente la doctrina judicial de la Corte Suprema en la materia, para lo cual escindiremos el tema en dos partes: la jurisprudencia refractaria y la admisoria. Inmediatamente a continuación, resaltaremos diversos aspectos significativos que emergen de aquella indagación jurisprudencial, los que —a nuestro juicio— aparecen más notoriamente en el marco del proceso de reconfiguración de su perfil institucional por el Máximo Tribunal nacional (título undécimo, capítulos I a III).

f) Títulos duodécimo a decimosexto

En este bloque, que se dividirá en un quinteto de subtemas, intentaremos brindar un panorama que abarque de la manera más acabada posible aquellas experiencias que en materia de inconstitucionalidad por omisión exhibe el derecho comparado desde distintas vertientes.

Comenzaremos recorriendo la praxis de aquellos Estados de Europa y Latinoamérica que han *implementado expresamente la figura en sus constituciones nacionales*. Enfocaremos así, sucesivamente, los casos de la (hoy desaparecida) República Socialista Federativa de Yugoslavia², de Portugal y de Hungría (en este último caso con matices), en

2 Entre los citados en el texto, se trata del único caso de una normativa constitucional no vigente. El valor que receipta incluirlo en la nómina radica en que la ex Yugoslavia fue el primer país en implementar

relación con el contexto europeo. Seguidamente, analizaremos los supuestos de Brasil, Venezuela y Ecuador, en el ámbito latinoamericano. Tal estudio quedará plasmado en el título duodécimo, capítulos I a VI.

En segundo lugar, revisaremos las *previsiones constitucionales de los entes subnacionales en algunos países latinoamericanos que presentan estructuras estatales compuestas o complejas* (por caso, el sistema federal de Estado en Argentina). Nuestra atención se orientará a las respectivas constituciones de varios Estados pertenecientes a la República Federativa del Brasil, a las de diversas entidades federativas (Estados) que corresponden a los Estados Unidos Mexicanos (nombre oficial de México) y a la de la Provincia de Río Negro en nuestro país. El examen propuesto se desplegará en el título decimotercero, capítulos I a III.

En tercer término, analizaremos aquellos espacios jurídicos que han instrumentado la figura por *vía legal*. En particular, visitaremos virtualmente a Costa Rica y República Dominicana (título decimocuarto, capítulos I y II).

El restante ítem que observaremos se refiere a la implementación o aceptación del instituto por la *senda jurisprudencial*, sin que en sus contextos jurídicos existan previsiones constitucionales o infraconstitucionales que la positiven, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Respecto del ámbito *europeo* , abordaremos con mayor detenimiento los casos de Alemania, Austria, España e Italia, además de efectuar algunas apreciaciones más breves acerca de otros países, como Francia y Polonia (título decimoquinto).
- Ya en torno a la dimensión *americana* (título decimosexto), revisaremos las experiencias de Colombia (capítulo I), Perú (capítulo II), Guatemala, México y ciertas alusiones a Chile, El Salvador y Nicaragua (capítulo III). Por último, en el capítulo IV, dejaremos unas sumarias consideraciones sobre Estados Unidos de América (EE.UU.).

g) Título decimoséptimo

Se ofrecerá una visión panorámica en perspectiva iuscomparada de las diversas herramientas que pueden utilizarse para deducir planteos de inconstitucionalidad por omisión y también un muestreo de las alternativas sentenciales para conjurarlas. Adicionalmente, se explorarán ciertos problemas teóricos y prácticos además de determinadas aristas complejas que se desprenden de las nombradas cuestiones.

explícitamente en su Constitución Política (de 21 de febrero de 1974) la posibilidad de controlar las omisiones inconstitucionales.

C) *Segmento de conclusiones*

Luego del cuerpo específico del trabajo, desplegaremos las apreciaciones conclusivas de conjunto y precisaremos si finalmente las proposiciones iniciales efectuadas en el tramo introductorio han quedado o no confirmadas.

IV. **Sucintas apreciaciones contextuales y explicaciones terminológicas**

1. La CSJN 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 C.N. e independientemente de las leyes reglamentarias*; añadiendo 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 Nación³.

Sin embargo, la contundencia léxica de semejante mensaje del Alto Tribunal no siempre ha recibido un acompañamiento análogamente firme en el sendero fáctico.

Empleando tal constatación de la realidad jurídica argentina como atajo para deslizarnos hacia un contexto de mayor magnitud geográfica, entre otros rubros que *infra* detallaremos, nos proponemos plasmar una aproximación teórica a la figura de la inconstitucionalidad por omisión además de formular un esquema de soluciones prácticas para superarla o corregirla.

En este sentido, efectuaremos ciertas reflexiones en torno a las herramientas procesales constitucionales que podrían usarse para sortear o mitigar los efectos de las pretericiones anticonstitucionales y, así, promover a través de la actuación judicial que el órgano legisferante remiso —o la respectiva autoridad competente— cumpla con los dictados de la Ley fundamental y de los documentos internacionales sobre derechos humanos recipiendarios de idéntica jerarquía⁴; o visualizar de qué posibles

3 *In re "Siri"* (Fallos, 239:459), caso sobre el que retornaremos.

4 Valga recordar que el art. 31 de la C.N. 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..." [énfasis añadido].

Por su parte, el art. 75, inc. 22, *Ibid.*, reforma de 1994 mediante, ha adjudicado jerarquía constitucional a once (11) instrumentos internacionales sobre derechos humanos —que figuran enumerados en el párrafo

maneras la solución a las omisiones podrían venir deparadas directamente por la propia magistratura judicial.

Lo anterior porque el principio de *supremacía constitucional*, además de un *punto de apoyo normativo* (que en el caso argentino enraíza en el art. 31 de la C.N.), requiere un *soporte empírico*, es decir, tanto la *conducta de los operadores jurídicos y su sincero compromiso de acatar la Ley fundamental, cuanto de sancionar las infracciones a dicha supremacía*, las que pueden producirse por vía de comisión o de *omisión*.

En el sentido expuesto, y como con acierto se ha sostenido, “la comunidad de ciudadanos que decide vivir al amparo de una Constitución normativa debe aceptar consecuentemente la eventualidad, nada excepcional, de la inconstitucionalidad y *aprestarse a depurarla y remediarla* —como tarea de todos, compartida— sin poner por ello en tela de juicio, junto a la ley, la confianza misma en la legalidad y en la estabilidad de los compromisos y expectativas que forman, también a su amparo, el tejido social. *La convivencia constitucional requiere, en suma, de una específica responsabilidad en la identificación y en la reparación de la ley inválida*”⁵.

No resultará extraña a la elaboración que acometeremos, y en conexión con la mentada *fuerza normativa* que la Constitución ostenta, la circunstancia que evoca PRIETO SANCHÍS acerca de la profunda transformación que sobre el sistema de relaciones entre *parlamento y judicatura* “ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios”⁶.

Naturalmente, ello exige de manera correlativa un refuerzo de la *justicia constitucional*.

A propósito, particularmente con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial y de modo primordial en Europa pero también en Latinoamérica, *la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución*, ha significado —según CARRILLO— una notable innovación en la *función jurídica y política* de la Ley fundamental: *i*) desde el punto de vista *jurídico*, porque no hay duda de que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y *ii*) desde la óptica *política*, porque aquella ordena el sistema político y *los tribunales constitucionales se convierten*

2° de tal norma— y a los que en el futuro recepen tal carácter (hasta el momento han sido dos —2— convenciones, que se han añadido *ex post* a aquellos). Más adelante retomaremos esta cuestión que aquí sólo dejamos esbozada.

5 JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 113.

6 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.

en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado⁷.

2. Conectado con lo anterior, por razones metodológicas y de claridad del discurso, se impone una explicación terminológico-jurídica.

No desconocemos las diferencias que prestigiosa doctrina ha señalado respecto de las expresiones “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”⁸.

Así, la primera tendría un alcance semántico más *amplio* pues se usa para designar *toda la actividad judicial de aplicación de la Constitución*, cualquiera sea el sistema de control de constitucionalidad escogido por el ordenamiento jurídico en cuestión, es decir, en una simplificación extrema, difuso, concentrado, mixto y dual (también llamado paralelo), con sus respectivas variantes, y con prescindencia de si tal actividad es realizada por tribunales o salas especializados y/o por jueces y magistrados ordinarios.

7 CARRILLO, Marc, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, T° II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

8 En ese sentido, ARAGÓN REYES puntualiza que *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional* fueron términos equivalentes “en el modelo kelseniano, en el que el Tribunal Constitucional era el único que aplicaba la Constitución, pero dejaron de serlo muy poco después de la puesta en práctica de ese modelo, cuando ya en el período de entreguerras (reforma constitucional austriaca de 1929 y Constitución española de 1931) y sobre todo en la segunda postguerra se recibió en Europa el concepto norteamericano (e iberoamericano) de Constitución y ésta se presentó como una norma aplicable por todos los jueces y tribunales”.

Añade que “el modelo europeo de justicia constitucional dejó de ser un modelo de dos jurisdicciones separadas (una, de constitucionalidad, ejercida por el Tribunal Constitucional, y otra, de legalidad, ejercida por los órganos judiciales ordinarios) para pasar a ser un modelo de dos jurisdicciones entrelazadas (ambas, la constitucional y la ordinaria, aplicadoras de la Constitución, aunque la primera con unas competencias formalmente exclusivas que no impiden la coincidencia materialmente parcial con la segunda)”.

Refiriéndose específicamente al caso español, aunque en apreciaciones que tienen un valor general, puntualiza: “La justicia constitucional es la actividad judicial de aplicación de la Constitución y la realizan tanto el Tribunal Constitucional como los jueces y tribunales ordinarios, pues la Constitución es norma jurídica inmediatamente aplicable, de la que emanan derechos y obligaciones judicialmente exigibles. Lo único que ocurre, y ésa es la diferencia entre el sistema europeo y el norteamericano, es que en el modelo europeo de justicia constitucional es el Tribunal Constitucional el único que puede invalidar la ley inconstitucional en cuanto que se le atribuye el monopolio de rechazo de la ley contraria a la Constitución. [...] A diferencia de la justicia constitucional, la jurisdicción constitucional la ejerce únicamente el Tribunal Constitucional a través de los procesos cuyo conocimiento tiene atribuido en exclusiva. La distinción más amplia, pues, entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en el desempeño de la justicia constitucional, es formal, o mejor dicho, procesal. [...] Sin embargo, la distinción material es menos amplia” (ARAGÓN REYES, Manuel, “25 años de justicia constitucional en España”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, 2004, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional —IIDPC—, México, D.F., pp. 4-5).

A su tiempo, la segunda expresión apuntaría específicamente a la existencia de un tribunal especializado cuyo objetivo es aplicar la Constitución.

Por lo demás, mientras el concepto de justicia constitucional se sustenta en una plataforma *material*; el de jurisdicción constitucional es menos comprensivo y se apoya en una matriz *formal*.

De cualquier modo, por razones prácticas, de comodidad de lenguaje y en tanto la referida distinción en algunos aspectos y escenarios jurídicos (como el argentino, con un esquema desconcentrado de control constitucional) puede difuminarse, en el presente trabajo utilizaremos indistintamente ambas fórmulas, aun cuando dejemos sentado que la ortodoxia constitucional y procesal constitucional individualiza desde el plano teórico algunos elementos diferenciales entre las dos expresiones.

3. Una última aclaración. Si bien hemos nombrado tangencialmente a los esquemas difuso, concentrado, mixto y dual de control de constitucionalidad, no ignoramos la existencia de serios y documentados estudios que sostienen la superfluidad de tal clasificación⁹. No obstante ello y por ser las categorías más difundidas, igualmente las utilizaremos aquí ya que un examen exhaustivo de las diversas propuestas de análisis de la cuestión desde ópticas rotundamente diversas o tomando otros de los numerosos criterios posibles de clasificación excedería el propósito y las posibilidades de esta indagación.

A modo de muestra testigo de las investigaciones que de un modo sólido postulan visiones taxonómicas o enfoques de aproximación distintos respecto del asunto, sólo nos permitiremos efectuar una breve alusión y una genérica remisión al trabajo de TUSSEAU que, principalmente, fustiga la clásica escisión de los dos modelos tradicionales y antagónicos: el americano y el europeo. En realidad, su objetivo principal es justamente refutar la tesis de los “modelos” de justicia constitucional.

Al respecto, el autor francés referido resume su posición afirmando¹⁰:

9 Entre los autores que, en la visión de TUSSEAU, se mantienen al margen de la tesis de los modelos de justicia constitucional e invitan a formular una elaboración más general para renovar radicalmente la aproximación al derecho procesal constitucional comparado, pueden por ejemplo contarse: CONSTANTINESCO, Vlad y PIERRE-CAPS, Stéphane, *Droit constitutionnel*, 3ª ed., PUF, Paris, 2007, pp. 233-248; HAMON, Francis y TROPER, Michel, *Droit constitutionnel*, 29ª ed., LGDJ, Paris, 2005, pp. 66-71; y PEGORARO, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 203-206 (ver tales desarrollos doctrinarios en TUSSEAU, Guillaume, *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica - Contre les “modeles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, B.U.P., Bologna, 2009, Prefazione di Lucio PEGORARO. Hemos consultado el trabajo en la versión en Word que nos remitiera el Prof. PEGORARO).

10 El aludido doctrinario afirma en su idioma: “La doctrine juridique a coutume d’opposer trait pour trait deux ‘modèles’ de justice constitutionnelle. Dans l’un, le ‘modèle américain’, le contrôle de

“La doctrina jurídica distingue tradicionalmente dos ‘modelos’ de justicia constitucional: el ‘modelo americano’, en el cual el control de constitucionalidad es difuso, concreto, en vía de excepción, con efecto *inter partes*; y el ‘modelo europeo’, que presenta un control concentrado, abstracto, en vía de acción, con efecto *erga omnes*. *En todo caso, el análisis del derecho positivo de los diversos Estados nos conduce a negar la pertinencia de tal representación sobre el plano científico, en la medida en que se revela inadecuada para describir la mayor parte de las situaciones jurídicas existentes; en particular, si nos interrogamos sobre su génesis en Francia, es fácil advertir que las premisas de esta construcción son esencialmente ideológicas. Desde un punto de vista metodológico, la experiencia del derecho público comparado nos obliga a recurrir a los instrumentos de la teoría general del derecho; sólo la adopción de tal perspectiva puede permitir la construcción de un metalenguaje neutro, susceptible de ofrecer una panorámica de lectura exhaustiva y precisa del derecho procesal constitucional en toda su diversidad geográfica e histórica.*”

constitutionnalité serait décentralisé, concret, par voie d'exception, avec un effet *inter partes*. Dans l'autre, le ‘modèle européen’, le contrôle serait centralisé, abstrait, par voie d'action, avec un effet *erga omnes*. Or l'analyse du droit positif de différents Etats conduit à dénier toute pertinence à cette présentation sur le plan scientifique. Elle s'avère en effet impropre à rendre compte de la plupart des situations juridiques existantes. En s'interrogeant sur sa genèse en France, il est possible de comprendre que les ressorts de cette construction sont essentiellement idéologiques. D'un point de vue méthodologique, la refondation de l'entreprise comparatiste impose de recourir aux outils de la théorie générale du droit. Seule l'adoption d'une telle perspective peut permettre la construction d'un métalangage neutre, susceptible d'offrir une grille de lecture à la fois exhaustive et précise du contentieux constitutionnel, dans toute sa diversité géographique et historique” (cfr. resúmenes en francés y español en la obra citada en la nota anterior. De todas maneras, aclaramos que en español puede consultarse el siguiente libro: TUSSEAU, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 50, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2011).

TÍTULO PRIMERO

**CIERTOS TEMAS RELEVANTES
DEL ESTADO CONSTITUCIONAL
CON LOS QUE SE RELACIONA
LA INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN**

CAPÍTULO

I

**DEL ESTADO LEGAL O
LEGISLATIVO DE DERECHO
AL ESTADO CONSTITUCIONAL**

I. Acerca de la tensión constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso)

1. Introito

Como es fácil suponer, si ya el control de constitucionalidad de la ley desplegado por un tribunal constitucional o una corte suprema de justicia genera a éstos tensiones con el parlamento o el congreso, tales fricciones se agudizarán si el contralor se centra no ya en productos normativos del órgano legislativo sino en su inercia o inactividad total cuando media una imposición o un mandato legisferante contenido en la Norma superior (*omisión absoluta*), o cuando la fiscalización apunta a corregir leyes que resultan insuficientes o incompletas, por preterición, para abastecer las exigencias constitucionales (*omisión relativa*).

Cumple mencionar que algunos autores sostienen la existencia de (sutiles) diferencias entre las omisiones absolutas y las totales y entre las relativas y las parciales. Sin perjuicio de ello, a los fines de esta investigación y por razones de simplificación discursiva, nos referiremos indistintamente a las omisiones *absolutas o totales* y a las *relativas o parciales*.

2. Una faceta agravada de la tensión constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso)

Percibimos entonces a la inconstitucionalidad por omisión como un capítulo agravado de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-parlamento. O, expresado de otra manera, un pliegue sensible en la siempre delicada vinculación entre jurisdicción y legislación¹¹.

Como apunta SUNSTEIN, no es sencillo analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última, y otras subvertirla. Así, la tarea por emprender consiste —desde la particular óptica del autor mencionado— en descubrir concepciones

11 La frase que cierra el párrafo al que esta nota se refiere: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas¹².

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, movidos por un propósito referencial y partiendo de la constatación que da cuenta que democracia y constitucionalismo no son precisamente conceptos unívocos, traemos a colación a ELSTER, para quien la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio “una persona, un voto”¹³.

A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude —en este contexto específico— a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario vayan más allá de la revisión en el ámbito judicial. Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo. Aquella encarna la participación popular; éste, las restricciones constitucionales¹⁴.

Como se afirmara, el *constitucionalismo actual* implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de Derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no sólo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos mediante una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador¹⁵.

Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la *democracia*, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades¹⁶.

En el fondo, y como adelantábamos, la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se suma a la saga de tensiones valorativas propias del texto constitucional, fundamentalmente de aquellas que median entre la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental y el principio de libertad de conformación del legislador.

12 SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: epílogo”, trad. de Mónica Utrilla de Neira, en ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune y colabs., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública (A.C.), Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, p. 368.

13 ELSTER, Jon, en la “Introducción” a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

14 *Ibid.*, pp. 34 y 36.

15 Hemos seguido la explicación que se formula en la “Presentación” de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado “Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho”, bajo la dirección de PRIETO SANCHÍS, Luis, Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, 2002.

16 Ídem.

Ese terreno de fricciones, lejos de ser meramente teórico o especulativo, se manifiesta de distintas maneras, además de las anunciadas. Así, por ejemplo, en Austria, si bien en principio el legislador respeta las concepciones jurídicas expresadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en determinadas situaciones entendió que una regulación derogada por aquel le resultaba imprescindible, por lo que, para inmunizarla, *la elevó a rango constitucional* (una situación similar se configuró en Hungría, como veremos en su oportunidad). Esta criticable técnica, forjada para circunvalar los efectos materiales de las decisiones del Tribunal Constitucional, resulta —como ha mencionado SCHÄEFFER— “muy problemática desde el punto de vista jurídico-político”¹⁷.

Respecto de la gravedad del tema, LOEBENSTEIN ha precisado: “Cuando un acto del legislador tiene exclusivamente como finalidad el apartarse de una sentencia ya dictada, debe considerarse que constituye una intromisión ilegítima en la independencia judicial. Por tanto, en este ámbito hay que construir un muro de protección de la jurisdicción constitucional para evitar que, a través de leyes constitucionales formalmente correctas, pero materialmente inconstitucionales, se pueda socavar la jurisdicción constitucional”¹⁸.

Aquella discutible técnica se vio favorecida por la facilidad y flexibilidad que ofrecía el proceso de reforma constitucional en el ámbito austríaco. Sin embargo, a partir de fines de la década de los 80 del siglo XX, SCHÄEFFER hace constar que el Tribunal Constitucional apuntó ciertos límites que podían afectar a la corrección de la jurisprudencia constitucional por parte del legislador¹⁹. Así, en la medida en que esta práctica pudiera aquejar institucionalmente a la justicia constitucional y/o vaciar de sustancia a los derechos fundamentales, las pretendidas modificaciones constitucionales debían ser consideradas como *reforma total de la Constitución* y, en tanto tales, requerir para su licitud la celebración de un referéndum (art. 44.3 de la Constitución)²⁰.

Otra situación (a nuestro juicio, igualmente disfuncional) que también se ha dado en el escenario austríaco es la *exclusión preventiva de la jurisdicción constitucional por el legislador constitucional*. O sea, cuando el legislador pretende crear una determinada medida legislativa y sustraerse *a priori* al control del Tribunal Constitucional, opta por

17 SCHÄEFFER, Heinz (con la colaboración de HAAS, Thomas), “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 41.

18 LOEBENSTEIN, Edwin, “Nochmals: von der Verfassungskultur zur Verfassungskultur”, ÖJZ, 1994, p. 363; referido por SCHÄEFFER, Heinz, op. cit. llamada anterior, p. 41 y nota 52 a pie de página.

19 Por ejemplo, T.C. de 3 de marzo de 1988, en B 987/87, B 1025/87 y B 1233/87 (cfr. SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 41).

20 Ídem.

aprobarla directamente como ley constitucional o preverla en un precepto de rango constitucional. De este modo, obtura anticipadamente la posibilidad de su impugnación ante el órgano de cúspide de la justicia constitucional, y éste, en consecuencia, se ve imposibilitado de ejercer a su respecto la fiscalización constitucional²¹.

Ambos ejemplos muestran claramente cómo la autorrestricción o *self-restraint* debe operar no sólo para el Tribunal Constitucional sino también para el propio legislador²².

II. Robustecimiento de la Constitución y la justicia constitucional

Retomando el núcleo de la cuestión presentada someramente en el apartado precedente (y más allá de los aspectos de tensión señalados en su parte final), el

21 Si bien median claras diferencias entre los institutos en cuestión, la situación que exponemos en el texto respecto de Austria en cierto modo nos lleva a evocar lo que consideramos una *curiosidad procesal constitucional* en el derecho brasileño, ideada para neutralizar o galvanizar hacia el futuro un nuevo potencial control de constitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley federal. Es que en el contexto jurídico de ese país, y como veremos más adelante, además de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, etc., existe una *acción declarativa de constitucionalidad* (ADC).

Esta acción, cuya legitimidad jurídica lejos está de haber generado total consenso doctrinario, fue implementada por la Enmienda Constitucional N° 3, de 17 de marzo de 1993. Así el art. 102.I.ª de la Constitución federal (C.F.) habilita la competencia del Supremo Tribunal Federal (STF) para defender precipuamente la Constitución y de tal modo procesar y juzgar originariamente la *ADC de ley o acto normativo federal*.

La legitimación activa para interponer la ADC (idéntica a la acordada para la proposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad, en mérito a lo disciplinado por la Enmienda Constitucional N° 45, de diciembre de 2004) viene discernida en el art. 103 de la C.F., a favor de: *i*) el Presidente de la República; *ii*) la Mesa del Senado Federal; *iii*) la Mesa de la Cámara de Diputados; *iv*) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; *v*) el Gobernador de un Estado o del Distrito Federal; *vi*) el Procurador General de la República; *vii*) el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil; *viii*) un partido político con representación en el Congreso nacional; y *ix*) una confederación sindical o entidad de clase de alcance nacional.

Básicamente, el propósito de la ADC consiste en eliminar la incertidumbre sobre la constitucionalidad de la ley o del acto con fuerza de tal que fuesen enjuiciados, a partir del surgimiento de interpretaciones judiciales contrapuestas en el ordenamiento jurídico que pudieran jaquear la seguridad jurídica.

La ADC supone el ejercicio en abstracto del control concentrado de constitucionalidad en el marco de un proceso de naturaleza objetiva.

La resolución que la dirige tiene efectos *erga omnes* y la *declaración de constitucionalidad* trae como consecuencia la eliminación de las controversias existentes acerca de la compatibilidad de la ley o del acto normativo federales *vis-à-vis* la C.F. Asimismo, tratándose —como advertíamos— de un juicio en abstracto, la declaración de compatibilidad constitucionalidad de aquellos se proyecta hacia todos los procesos judiciales en curso o futuros, obliterándose la posibilidad de rediscutir judicialmente la cuestión constitucional dirimida por el STF.

22 SCHÄFFER, Heinz, op. cit., "Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador", pp. 41-42.

fortalecimiento del protagonismo de la Ley fundamental y de la justicia constitucional fue instituido por el constitucionalismo del Estado Contemporáneo (al que un buen número de autores denomina “neoconstitucionalismo”), que es justamente *Estado Constitucional de Derecho*, modelo que reemplaza al *Estado Legal o Legislativo de Derecho*.

Este último estaba impregnado —*inter alia*— por el “mito del legislador infalible”, el dogma de la omnipresencia y la preeminencia de la ley, la vigencia del axioma *dura lex sed lex* (“quintaesencia del positivismo acrítico”²³) y el acotado papel del juez como “*bouche de la loi*” (en la imagen metafórica de MONTESQUIEU²⁴) u operador jurídico *neutro*.

FERRAJOLI cataloga a ese modelo tradicional como “paleopositivista y jacobino”, con esencial primacía de la ley y la democracia, entendidas como omnipotencia de la mayoría y, por tanto, del parlamento²⁵.

Como elocuentemente se ha puntualizado, semejante dogmática jurídica positivista permitía “considerar al juez casi como un autómatas, un sujeto que, pertrechado sólo de la lógica y del derecho hacía realidad las prescripciones legales sin poner nada de su parte”²⁶.

Partiendo de la (hoy más que evidente) base de que *las leyes también pueden ser injustas* (lo que quedó nitidamente patentizado en y con los deletéreos regímenes fascistas), el control de constitucionalidad aparecía como una garantía básica de la democracia, y las propias circunstancias y necesidades de la época (segunda posguerra) imponían un refuerzo de la Constitución, visualizada en términos de “garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”²⁷.

Vale traer a colación a BACHOF, pese a que sus palabras se ciñan a la situación en Alemania, cuando al referirse al rol del juez como guardián de la Constitución expresa que ello “señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento

23 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 134.

24 Recordemos que en el *Espíritu de las leyes* (*Esprit de lois*, Libraire de Firmin Didot Frères, Paris, 1844, pp. 127 y ss.), MONTESQUIEU sostuvo: *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*.

25 Vid. FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), UNAM, México, D.F., 2005, p. 89.

26 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 62.

27 AJA, Eliseo, “Prólogo. El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados europeos”, op. cit., AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. XXIII.

político y jurídico alemán, *la pérdida de la creencia de la omnipotencia del legislador estatal*²⁸.

Con singular fuerza discursiva FERRAJOLI sostiene que el *constitucionalismo* corresponde a una *segunda revolución* en la naturaleza del derecho, que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Así, mientras la *primera revolución* se expresó en la *omnipotencia del legislador*, la segunda se sustenta en el “principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos”, una de cuyas consecuencias radica en que “la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”²⁹.

En el contexto descrito surge con nitidez que el legislador aparece vinculado por los derechos fundamentales en el Estado Constitucional. Al respecto, una fórmula léxica tan intensa como conocida, de autoría de KRÜGER, expresa: “Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”³⁰.

Ya más cercanamente en el tiempo, PRIETO SANCHÍS puntualiza que el Estado Constitucional parece exigir una nueva teoría del derecho, el “neoconstitucionalismo”, cuyos rasgos sobresalientes son³¹:

- *Omnipresencia de la Constitución* en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- Más *principios* que reglas.
- Más *ponderación* que subsunción.
- *Omnipotencia judicial* en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- Y, por último, *coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios*, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a

28 BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, 1ª ed., Civitas, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1985, pp. 45-46.

29 FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca BACCELLI, Michelangelo BOVERO, Riccardo GUASTINI, Mario JORI, Anna PINTORE, Ermanno VITALE y Danilo ZOLO*; en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, 2001, pp. 53 y 55.

30 KRÜGER, Herbert, “Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1950, p. 626.

31 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - IJ de la UNAM, Madrid, 2003, pp. 131-132.

un puñado de principios coherentes entre sí y, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Para el citado autor, la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un “riesgo” para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia. Sin embargo, juzga que tal riesgo es “inevitable” si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo), el que, como modelo de organización jurídico-política, pretende representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho y si un postulado de éste es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador³².

Bien cierto es, añade, que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al “judicialismo” —al menos desde la perspectiva europea—, “de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida³³.

Ligada a tal cuestión aparece la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, estudiada pormenorizadamente —v. gr.— por GUASTINI, quien ha reconocido que para forjar tal expresión se ha servido de alguna sugerencia de FAVOREU. Aquel autor concibe a dicha problemática como *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual éste resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que *un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (“pervasiva”, “invadente” en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*³⁴.

En un ilustrativo acercamiento, AGUILÓ predica que para usar de modo *relevante* la expresión “Estado Constitucional” corresponde aludir a un sistema jurídico-político en el que:

- i) Se cuente con una Constitución rígida o formal; esto es, una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria.

32 *Ibid.*, p. 157.

33 *Ídem.*

34 GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, op. cit., *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 49.

- ii) Dicha Constitución responda a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: limitación del poder político y garantía de los derechos, asumiendo los valores y fines del constitucionalismo como ideología.
- iii) La Constitución formal sea “practicada”. Es decir, que para hablar de “Estado Constitucional” tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas, de modo que aquella pueda ser considerada como Norma fundamental y, en consecuencia, que desempeña su papel en los problemas de identificación, unidad y continuidad del sistema jurídico-político. En otras palabras, la Constitución formal tiene que ser “positiva”, o sea, usada desde los cánones del constitucionalismo³⁵.

III. Vinculación del legislador a la Constitución

1. La Constitución y los mandatos concretos de actuación al legislador

En un escenario con los perfiles y las características descritos (omnipresencia de la Constitución, importante margen de maniobra del juez constitucional para preservar la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental y consecuente viabilidad de controlar al legislador, quien naturalmente también está vinculado por la Constitución), cobra fuerza legitimadora la posibilidad de ejercer la inspección de constitucionalidad no sólo respecto de productos normativos (leyes) sino también frente a omisiones del legislador contrarias a la Constitución, lo que —como anunciábamos— se apunta como un elemento más de la dinámica compleja y de tensión entre constitucionalismo-democracia o justicia constitucional-parlamento (o congreso).

Naturalmente, el legislador no se encuentra sistemáticamente cautivo de las redes judicialistas, sino que —como veremos— preserva la libertad de configuración legislativa y es merecedor del mayor de los respetos por su investidura institucional y su autoridad democrática.

Sin embargo, ello no lo habilita a mantenerse inmune *sine die* si no cumple los mandatos constitucionales y se abstiene de sancionar las normas pertinentes

35 AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2004, pp. 50-53.

de desarrollo constitucional, pues su inoperancia, desidia o inercia resultan contraconstitucionales al bloquear la normatividad y la supremacía de la Carta básica. La nueva textura constitucional legitima la posibilidad de demandar *actuaciones concretas del legislador*: pronunciarse, hacer, obrar.

Justamente en aquel marco de indolencia legisferante, la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión se registra como un mecanismo útil para fluidificar el tránsito de normas, valores y principios constitucionales, que desde luego tienen vocación de eficacia.

El vigor normativo de la Constitución implica la *efectiva vinculación jurídica* (y no solamente *política*) de los poderes públicos —entre ellos el *legislador*— a las disposiciones constitucionales, que consagran *mandatos jurídicos* y no meras expresiones de deseo.

Como se sabe, la existencia de tales mandatos cargados de energía directriz que se dirigen al legislador proyecta una imagen más de la superación de la percepción de la Constitución como normativa exclusivamente encaminada a limitar la acción de los poderes públicos.

2. Libertad de configuración del legislador

En Alemania la categoría jurídico-política de la *libertad de configuración del legislador* (*gesetzgeberischen Freiheit*) ha adquirido un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinal y ha suplantado a otra denominación, la de “discrecionalidad” (*Ermessen*) del legislador.

De cualquier modo, y valga el juego de palabras, esa “libertad” del legislador no es ni puede ser una zona “liberada” o inmune al control por el órgano correspondiente de justicia constitucional.

La *razonabilidad* en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional o la corte suprema de justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este último no puede ignorar *ad aeternum* las demandas de actuación concreta que la Constitución le marca.

SCHNEIDER explica que el (por entonces) *nuevo* concepto (*libertad de configuración del legislador*) significaba que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se producía control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional Federal

alemán, lo que ciertamente no impedía un control de comportamiento o de procedimiento³⁶.

Reiteramos que el legislador no puede escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer *sine die* el encargo constitucional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la Ley básica.

Desde otro ángulo, resulta interesante la visión que aporta REVENGA SÁNCHEZ, para quien la *fuerza normativa de la Constitución* no surge del vacío y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*”³⁷.

Acierta GARRORENA MORALES cuando afirma que las decisiones que contienen las sentencias de los tribunales constitucionales, además de resoluciones judiciales, son actos de neto *indirizzo político*; añadiendo que en definitiva la sentencia constitucional *es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en unidad de acto*, “ése es su riesgo, pero [...] también, en mayor medida, su riqueza y su virtud”³⁸.

En relación con el problema general que abordamos, HÄBERLE expresa que el proceso político “*no está excluido de la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua*. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también ‘confirmaciones’, que constituyen más que mero ‘material objetivo’ para la (posterior) interpretación constitucional; *son una parte de la interpretación de la Constitución*, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador ‘como’ intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional,

36 SCHNEIDER, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N° 5, mayo-agosto 1982, Centro de Estudios Constitucionales (en adelante, CEC), trad. de Joaquín Abellán, Madrid, p. 55.

37 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010, p. 40.

38 GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, N° 11, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 1981, p. 27.

porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta, esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente”³⁹.

En el fondo, el hecho de que los pronunciamientos constitucionales repercutan en el ordenamiento jurídico, actuando como fuentes creadoras de derecho, no autoriza a predicar la transmutación del juez constitucional en legislador.

Ciñéndonos al ámbito europeo, el respeto por la libertad de configuración del legislador no ha sido matemáticamente simétrico en todos los sitios. Así, por ejemplo, se aprecia que ha resultado un tanto mayor en el seno del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) alemán que en el de la Corte Constitucional italiana.

3. Reconducción cooperativa de las relaciones tensionales

Las relaciones tensionales entre la justicia constitucional y el parlamento o congreso deben recanalizarse en términos constructivos, sobre todo si —al menos en Europa— aquella dejó hace tiempo su connotación de limitación antidemocrática de la soberanía parlamentaria, para ser comprendida como un elemento más de ésta⁴⁰.

Y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativa anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano de confrontación o de puja de poder.

Por el contrario, y en la línea de enfoque del *constitucionalismo de cooperación*, debe ser percibida desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes y la nombrada libertad de configuración política del legislador.

Algunos de los ingredientes de ese *constitucionalismo cooperativo* pueden extraerse *mutatis mutandis* de las palabras de ELIA (aunque estén formalmente dirigidas al escenario italiano): *i*) el *self-restraint* del órgano máximo de justicia constitucional; *ii*) el cumplimiento por este de las pautas de racionalidad en sus decisiones; y *iii*) la toma de

39 HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, N° 11, 2008, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, trad. de Xabier Arzoz Santisteban, Buenos Aires, pp. 39-40.

40 CASCAJO CASTRO, José Luis, “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, UNED, Madrid, 2008, p. 302.

conciencia por el parlamento o congreso en cuanto a que las elaboraciones sentenciales del tribunal de cúspide de la justicia constitucional (plasmadas en sentencias atípicas, particularmente aditivas —sobre las que volveremos—) no responden a un espíritu antiparlamentario⁴¹.

Como también tendremos ocasión de profundizar más adelante, en el marco de las *omisiones inconstitucionales relativas del legislador* que se producen, por ejemplo, cuando las leyes que dicta generan *exclusiones arbitrarias de beneficios* (estos son conferidos a algunos y no a otros sin que medien fundamentos razonables que sustenten tal tratamiento diferencial), pueden tales pretericiones ser salvadas *unilateralmente* por el juez constitucional mediante las *sentencias aditivas clásicas o puras* o bien, ya *bilateralmente*, por ejemplo (y naturalmente con matices según sea el país de que se trate), por medio de sentencias *exhortativas y/o apelaciones al legislador* y de sentencias de *inconstitucionalidad sin nulidad*, normalmente, aunque no siempre, *fijando un plazo a aquel para que proceda a corregirlas*.

Básicamente con tales técnicas decisorias se procura restaurar el principio de igualdad (u otro principio o valor) que la legislación infundadamente incompleta ha quebrantado, debiendo activarse al efecto una *protección cooperativa de la Ley fundamental* entre el órgano de cabecera de la justicia constitucional y el legislador.

41 ELIA, Leopoldo, “Constitucionalismo cooperativo. Racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed. lit.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77-80.

CAPÍTULO

II

**FUERZA NORMATIVA DE
LA CONSTITUCIÓN**

I. De declamaciones y concreciones

1. Apertura

Comenzamos este análisis con un interrogante: ¿basta con la mera ‘declamación’ de derechos en los textos constitucionales?

La respuesta negativa se impone. Es que la dimensión normológica debe complementarse con vigencia fáctica, pues si esta última vertiente se desvanece, concluye por obturar el vigor normativo de la Constitución y su efectividad práctica, al tiempo de recrear inicuas frustraciones.

2. Acceso a la justicia

Sin perjuicio de retomar más adelante (y con mayor grado de detalle) el tema de los derechos sociales fundamentales, aquí vale traer a colación la advertencia de FERRAJOLI en punto a la convergencia de dos principios que, con las pertinentes adaptaciones según los diversos derechos de que se trate, se encuentran dotados de un alcance garantista de carácter general⁴².

En primer término, *el principio de legalidad*, sosteniendo *mutatis mutandis* 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 de manera unívoca sus presupuestos vinculantes y se identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos⁴³.

Por su parte, el que FERRAJOLI entiende como segundo principio garantista de carácter general es el de *jurisdiccionalidad*. Sobre el particular, y para que las lesiones a los derechos fundamentales sean sancionadas y eliminadas, estima necesario que 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

42 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, 1997, p. 917.

43 Añade FERRAJOLI 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 ellas 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 (*ídem*).

en vía de principio por el art. 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*⁴⁴.

Con nitidez agrega el citado profesor italiano que, para transformar a estos últimos en *derechos perfectos*, sería necesario que las leyes 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*⁴⁵.

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 tales derechos), concluye que, junto a la *participación política* 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 públicos⁴⁶.

Por su parte, rememoramos que hace ya 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*⁴⁷.

Es conveniente dejar en claro que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en los últimos tiempos ha adquirido nuevos bríos, al calor de su positivación en algunos textos constitucionales o infraconstitucionales, su tratamiento doctrinal y el dictado de precedentes jurisprudenciales que de una u otra manera la abordan. Sin embargo, ciertos aspectos de la cuestión no eran completamente desconocidos para algunos autores clásicos como JELLINEK en el ocaso del siglo XIX o KELSEN a principios del siglo XX.

44 Ídem.

45 *Ibid.*, pp. 917-918.

46 *Ibid.*, p. 918.

47 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965, p. 269.

Así, VILLAVERDE MENÉNDEZ recuerda que ambos juristas reflexionaron acerca del significado que cabía darles desde la perspectiva constitucional a los silencios del legislador y su posible control —bien que en forma somera y con enorme escepticismo sobre la efectividad del mismo—, entendiendo que dicho control sólo era posible si la Constitución que le sirve de parámetro era rígida⁴⁸.

Además, y dentro de la ciencia jurídica alemana, señala que la categoría de la inconstitucionalidad por omisión fue luego sometida a intenso estudio en los años cincuenta y sesenta del siglo XX por doctrinarios como SEUFERT, SEIWERTH, JÜLICHER, STAHLER, WESSEL⁴⁹. Tilda a los tres primeros de “obligacionistas”, posición que fustiga puntualizando —entre otras cosas— que lo relevante no es tanto si el legislador incumplió o no una obligación constitucional con su silencio, cuanto si la norma implícita que cupiera derivar de ese silencio crea o mantiene situaciones jurídicas contrarias a la Constitución⁵⁰.

II. Vulneración constitucional por acción y por omisión

1. Preliminar

A pesar de la obviedad, recordamos que el modelo de fiscalización constitucional argentino se inspira en el sistema de EE.UU., conocido como *Judicial Review*, perfilado aunque en puridad no iniciado (mucho menos como lo conocemos hoy) en el fallo “*Marbury v. Madison*”⁵¹ de 1803, bajo la impronta del juez John MARSHALL.

En ese sentido, existen algunas pinceladas referentes al control judicial de constitucionalidad, previas a tal pronunciamiento, obrantes en ciertos antecedentes del *Common Law* y en la doctrina de *El Federalista*⁵².

Convergentemente, GARCÍA DE ENTERRÍA explica que la *Judicial Review* no es una invención personal de MARSHALL sino que este juez, en “*Marbury v. Madison*”,

48 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, M^cGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 23 (nota 2) y ss.

49 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2^a ed., IIJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 51 y nota 3.

50 *Ibid.*, pp. 59-61 y nota 19.

51 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

52 Ver, por ejemplo, TREATOR, William M., “Judicial Review Before *Marbury*”, *Stanford Law Review*, Vol. 58, N^o 2, 2005, pp. 455 y ss.

produjo el perfeccionamiento final y definitivo del sistema expresado en la propia Constitución norteamericana de 1787. Recuérdese que esta, en su art. VI, sección 2 —fuente inspiradora del art. 31 de la Ley fundamental argentina y del art. 133 de la Constitución mexicana— proclama a la Carta magna como *the supreme law of the land*: el derecho supremo de la tierra. Pero además, ya HAMILTON —en *El Federalista*— proponía el tratamiento de la Constitución como *Fundamental Law*. Asimismo, el autor español citado —apoyándose en SCHWARTZ— enfatiza que, entre la Revolución americana y el dictado de “*Marbury v. Madison*”, los tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos en una veintena de casos, claro que sólo respecto de normas estatales y no federales. Sea como fuera, no deja de ponderar a la concepción de la supremacía normativa de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de la cual surgió⁵³.

A su turno, FERNÁNDEZ SEGADO expresa (sobre la *Judicial Review*) que si bien no cuestiona el mito de “*Marbury v. Madison*”, sí puede sostener que tal sentencia entraña tan sólo el establecimiento formal de una doctrina cuyos fundamentos teóricos se encontraban presentes no sólo en el N° LXXVIII de *El Federalista*, sino también en varias decisiones de la Corte anterior a MARSHALL y en diferentes planteamientos dogmáticos de los jueces de esta primera etapa del Tribunal⁵⁴.

Es interesante y clarificadora la aportación de AHUMADA RUIZ cuando señala: “Todo indica que la práctica actual del control de constitucionalidad hubiera sido

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. La Constitución como norma fundamental”, en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpres., Civitas, Madrid, 1991, respectivamente, pp. 54-55 y 50-51. Lamentablemente este prestigioso autor español falleció el 17 de septiembre de 2013.

54 Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La *Judicial Review* en la *pre-Marshall Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, 2011, UNED, Madrid, pp. 133-178.

Específicamente en torno al “celebérrimo” art. LXXVIII, este autor sostiene que “Hamilton hace una sólida defensa de la supremacía de la Constitución y del derecho de los tribunales a declarar nulos (‘null and void’) los actos legislativos aprobados con violación de la Constitución y de los tratados. Tras considerar que ‘la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada’, entendiéndolo por tal ‘la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa’, Hamilton se ocupará del ‘derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución’, admitiendo que tal facultad ‘ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que la sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo’, objeción frente a la que replicará que «no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben»” (*Ibid.*, p. 140).

impensable —probablemente, inaceptable— para MARSHALL y sus contemporáneos y quizá no sea un detalle simplemente trivial y anecdótico reparar en que el empleo de la expresión *Judicial Review* como denominación técnica del poder judicial de control, no se generaliza en los Estados Unidos hasta la segunda década del siglo XX. De manera que cuando se afirma que la idea del control judicial en los primeros tiempos sólo remotamente conecta con la práctica actual de la *Judicial Review*, y que es anacrónico leer las decisiones y comentarios de esa primera época desde las premisas y discusión teóricas actuales, realmente se está diciendo, también en sentido literal, que en la época de ‘*Marbury*’ y aun mucho después, no hay propiamente *Judicial Review*”⁵⁵.

En suma, la aludida autora puntualiza que la transformación de “*Marbury v. Madison*” en un ícono del derecho constitucional contemporáneo sólo se completa bien entrado el siglo XX, cuando ya el ejercicio judicial del control de constitucionalidad se había hecho corriente, pero no sin que antes se produjeran cambios fundamentales que afectaron cualitativamente a su modo de ejercicio y a su orientación⁵⁶.

2. Constitución normativa

Al hilo de la precedente introducción, cabe recordar que el Estado Constitucional de nuestro tiempo se caracteriza por poseer una Constitución normativa y garantizada por la jurisdicción⁵⁷ y, además, recipiendaria de supremacía. De ello se sigue que, en tanto receptores de normatividad jurídica, los preceptos constitucionales deben ser aplicables, pues sólo de tal modo podrá garantizarse la pervivencia de la Constitución como norma suprema o *fuerza de fuentes*.

Adviértase, a modo aclaratorio, que no postulamos una sinonimia entre *validez* y *eficacia*, pues las normas constitucionales *valen* por sí mismas con independencia de su eficacia, y es precisamente aquel anclaje axiológico la fuente de la que dimanar la vinculatoriedad y la vocación de efectividad de las mismas.

Sea como fuera, somos conscientes de la complejidad del tema y de las diferentes ópticas con que puede ser visualizado. Así, no se nos escapa que en su momento

55 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “*Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 4, “La rebelión de las leyes. *Demos* y *nomos*: la agonía de la justicia constitucional”, Junta General del Principado de Asturias, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006, pp. 116-117.

56 *Ibid.*, p. 117.

57 Cítar. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 66, Actas de las ‘II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional’, Tribunal Constitucional - CEC, Madrid, 1997, p. 18.

KELSEN sostuvo 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 esta es la condición necesaria de la validez, entonces la Constitución no puede fundamentar, sin caer en circularidad, la validez de las normas inferiores⁵⁸.

Para BOBBIO, toda norma jurídica puede ser sometida a tres valoraciones distintas e independientes entre sí: *i*) la de su *justicia*, que apunta a la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que informan un determinado orden jurídico; *ii*) la de su *validez*, que se vincula con la existencia de la norma en cuanto tal, lo que supone su promulgación por el poder legítimo para sancionar normas jurídicas, no haber sido abrogada, ni ser incompatible con otras normas del sistema; y *iii*) la de su *eficacia*, que significa el efectivo cumplimiento de la norma por sus destinatarios⁵⁹.

Mutatis mutandis, 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* como criterio de verificación de la *validez*, lo cual conduciría a que se diluyera el límite entre el ordenamiento jurídico y la realidad sobre la que intenta incidir⁶⁰.

A su hora, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma suprema si no se establece que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es antijurídico), DE OTTO pasa a expresar que si el ordenamiento no dispone aquello, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*⁶¹.

El desaparecido catedrático español añade que, por el contrario, si el ordenamiento establece que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son

58 DE PÁRAMO, Juan Ramón, "Sistema jurídico", en BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, M^cGraw Hill, Madrid, 1997, p. 164.

59 BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* (1958 y 1960), Debate, trad. castellana de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, 1991, pp. 33 y ss.

60 REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, N^o 39, septiembre-diciembre de 1993, CEC, Madrid, p. 155, nota 64.

61 DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 1^a ed., 5^a reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17-18.

igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema⁶².

De cualquier modo, y como opina NIETO, los preceptos constitucionales no son normas jurídicas ordinarias, porque tienen (o, agregamos, deberían tener) un *minus* de efectividad jurídica y un *plus* de efectividad social⁶³.

3. Supremacía de la Constitución

Por su parte, y como reiteradamente se ha insistido aquí, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción, comisión o conducta positiva* (un “*facere*”), sino, también, por *omisión*, esto es, una violación negativa del texto constitucional (un “*non facere*” o “*non præstare*”).

Concretamente, en este último caso, ello acaece 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 discriminatoria.

Sentado lo anterior, ¿sería legítimo⁶⁴, 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 una disposición constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? El interrogante merece un rotundo no, ya que la supremacía de la Constitución hace que esta sea indisponible para los órganos del poder constituido.

62 *Ibid.*, p. 18.

63 NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, N^{os} 100-102, Vol. I, enero-diciembre 1983, CEC, Madrid, p. 396.

64 La relación semántica y jurídica entre “legalidad” y “legitimidad” dista de ser pacífica.

Así, DÍAZ expresa que “una cosa es la *legalidad* (normas vigentes y válidas que en su conjunto logran hacerse cumplir y aplicar) y otra la *legitimidad* (valores que están o no en esa legalidad); una cosa es el Derecho que es [...] y otra la prefiguración del Derecho que debe ser, el cual puede impulsar o, por el contrario, acabar socavando —vía deslegitimación— la propia existencia normativa y fáctica de aquél en caso de grave e irracional discrepancia y desavenencia”. Añade que la *legalidad* hace referencia, por tanto, a normatividad en el campo del Derecho, normatividad jurídica, Derecho positivo, Derecho sin más u ordenamiento jurídico; mientras que la *legitimidad* hace referencia a normatividad en el campo de la ética, a justicia, a propuestas, pretensiones, valores y exigencias que están más allá de lo estrictamente jurídico: normas morales y criterios racionales de valoración, autocríticos y también críticos de lo empírico (DÍAZ, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 27-28).

De su lado, HESSE asevera que la Constitución genera necesariamente *legalidad*, pero no *legitimidad*, aunque en su legalidad subyace un elemento —frecuentemente olvidado— de legitimidad (HESSE, Konrad, “Concepto y cualidad de Constitución”, *Escritos de derecho constitucional*, 2^a ed., CEC, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1992, p. 22).

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue —*inter alia*— ‘recomponer’ el imperio de la Ley fundamental, cuya *primacía* habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano renuente.

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 idea de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado*⁶⁵; o, desde otro ángulo de mira —aunque convergente en punto al objeto de nuestra argumentación—, que es innegable que sin la fuerza condicionante de la Constitución como norma jurídica no habría control de constitucionalidad⁶⁶.

Acierta NIETO cuando sostiene que “la Constitución *es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico* (la cúspide de la simplista pirámide normativa kelseniana): *es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho*”⁶⁷.

La Carta magna es, en suma, manifestación suprema del ordenamiento jurídico en el ámbito interno. Como tal, estimamos relevante y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales constitucionales para que el afectado por una omisión inconstitucional relevante tenga allanado el acceso a la jurisdicción. Así, le resultaría posible perseguir la descalificación de aquella pretermisión lesiva en que hubiera incurrido el órgano competente encargado del cumplimiento positivo del mandato constitucional.

Correlativamente, una vía que ensanchara el horizonte garantista dando cabida a reclamos por pretericiones anticonstitucionales, podría insuflar vida a un mecanismo potencialmente útil, sobre todo, en el marco del constitucionalismo latinoamericano, en ocasiones demasiado propenso a diagramar declaraciones de derechos de contextura *obesa*, que usualmente reciben *raqúitico* cumplimiento.

En tal sentido, aquel instrumento garantista cumpliría simultánea o alternativamente dos finalidades: edificar un muro imaginario de contención contra las ínfulas quiméricas de los constituyentes que intenten elaborar disposiciones constitucionales tan ampulosas como incumplibles; y/o disipar anticipadamente la tentación 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.

65 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 3.

66 CARRILLO, Marc, op. cit., “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, p. 1476.

67 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 399.

4. **Utlílogo**

El párrafo que transcribiremos a continuación tal vez pueda resumir envolventemente las ideas que hemos intentado exponer en este capítulo.

Se ha dicho recientemente que el reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de la acción de inconstitucionalidad por omisión, “como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental”⁶⁸ [énfasis del original].

68 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú, pleno jurisdiccional, Expte. N° 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)”, 30 de junio de 2010, Fundamento Jurídico —F.J.— 12. Más adelante volveremos con mayor detenimiento sobre este importante fallo.

TÍTULO SEGUNDO

**LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN
GENERAL Y LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR**

CAPÍTULO

I

**APROXIMACIÓN TEÓRICA A
LA POLIFACÉTICA TEMÁTICA DE
LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
EN GENERAL**

I. Prolegómeno

Razones metodológicas y de construcción teórica del soporte de argumentaciones que más adelante efectuaremos (en torno a la interpretación constitucional y otros puntos afines), nos impulsan a brindar aquí algunas precisiones sobre un espacio temático inagotable: *el razonamiento y la interpretación jurisdiccionales*.

Si bien el epígrafe de este capítulo alude a apuntamientos *teóricos*, obviamente estos se enlazan con problemas prácticos de la interpretación jurídica en general y, ya más singularizadamente, de la hermenéutica constitucional. Por ejemplo, respecto de esta última, todo lo concerniente a las circunstancias pragmáticas que rodean y se desprenden del dictado de *sentencias “atípicas o intermedias”* por parte del órgano de cierre de la justicia constitucional de que se trate.

En una simplificación extrema de la cuestión, tres son las grandes tesis que han procurado explicar aquel fenómeno. Esas corrientes de pensamiento anudan a la hermenéutica jurisdiccional problemas jurídicos tan arduos como reveladores. Por caso, descifrar si ella es o no una actividad cognoscitiva (y si lo es, en qué medida); examinar el grado de determinación/indeterminación del derecho; dilucidar si existe o no unidad de respuesta correcta para cada caso difícil; discurrir sobre el radio de acción de la discrecionalidad judicial; y determinar si el juez puede o no crear derecho.

Como es fácil suponer, semejantes cuestiones —que han dado lugar a ríos de tinta— no pueden ser exhaustivamente abarcadas en este limitado compendio introductorio.

En consecuencia, razones de brevedad nos imponen enunciar los puntos nodales de cada una de tales corrientes de pensamiento e identificar algunos de sus respectivos representantes doctrinarios más conspicuos, para luego dejar nuestra impresión personal sobre el tema en discusión.

II. Las tres tesis principales

Las tesis en cuestión han recibido diferentes denominaciones, aunque las más usuales son⁶⁹: **i) objetivista, cognoscitiva o cognoscitivista; ii) subjetivista o no cognoscitivista; y iii) ecléctica.**

69 En el desarrollo de las tres corrientes, más allá de nuestras aportaciones personales, seguiremos referencialmente determinados aspectos tratados por MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 37-39; y MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, “La aplicación judicial del derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 21, 1º sem. de 2008, Monográfico: “Orientación y método de derecho constitucional”, UNED, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 355 y ss.

De un modo más simple y directo podría decirse que la primera responde al *formalismo jurídico*; la segunda al *realismo jurídico*; y la tercera ofrece una visión *intermedia* entre las dos primeras, que son radicalmente opuestas entre sí.

Por cierto, tales corrientes han recepcionado también otros nombres, por ejemplo y respectivamente: tesis de la *única respuesta correcta*; tesis de la *indeterminación radical*; y tesis de la *indeterminación parcial*.

1. La concepción objetivista, cognoscitiva o cognoscitivista

Para esta tesis, la interpretación del derecho es una actividad cognoscitiva y en todos los casos permite identificar de manera unívoca el significado de los textos, llegando a la conclusión de que la cuestión jurídica en examen admite *una única respuesta correcta*. En otras palabras, transmite la convicción de que existe *unidad de solución correcta*.

DWORKIN (fallecido en tiempos relativamente recientes⁷⁰) se ubica en esta corriente. Al menos así lo ha trasuntado en una de sus obras fundamentales, al referirse a los *hard cases* (casos difíciles): “Mi argumento será que, *aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos*. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles”⁷¹.

2. La posición subjetivista o no cognoscitivista

Según sus seguidores, *no es posible identificar la unidad de solución correcta* con anterioridad a la decisión judicial por cuanto los textos legales son sustancialmente indeterminados. El ordenamiento jurídico es incompleto e incoherente.

Además, la interpretación del derecho *no es una actividad cognoscitiva, sino una labor decisoria o estipulativa*⁷², que tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes de valores de verdad. En síntesis, *la interpretación es una actividad valorativa y decisoria pero no cognoscitiva*.

70 Su deceso se produjo en Londres, el 14 de febrero de 2013.

71 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1ª ed., 4ª reimpres., Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1999, p. 146 (versión española de *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977).

72 MENDONÇA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, p. 38.

Se suele encuadrar a GUASTINI en esta posición. Veamos lo que sostiene en este fragmento: “*Los enunciados interpretativos [...] no son ni verdaderos ni falsos. Tales enunciados tienen la misma estructura profunda que las definiciones llamadas estipulativas, esto es, aquellas definiciones que no describen el uso efectivo de un cierto término o de una cierta expresión, sino que proponen atribuir a un término o a una expresión un significado preferentemente a otros*”⁷³.

3. La percepción ecléctica o intermedia

Defiende que la labor interpretativa es en ciertas ocasiones actividad cognoscitiva y en otras, actividad decisoria. Es, en definitiva, una labor mixta, con elementos lógico-deductivos (la decisión del juez aparece predeterminada por el derecho existente y el juez la descubre), y también normativos o de creación de derecho propiamente dicho (la decisión del juez no aparece *completamente* predeterminada por el derecho existente)⁷⁴.

Explica MENDONCA que, para esta tesis, los textos legales están parcialmente indeterminados y, por consiguiente, *existen respuestas correctas para ciertos casos, los típicos*, en los que el derecho está determinado; mientras que en los *atípicos*, el derecho no se encuentra previamente determinado y no existe respuesta correcta para ellos⁷⁵.

Célebre exponente de esta visión es HART (primordialmente, con posterioridad a la revisión de su teoría ante las críticas dworkinianas, en lo que se ha dado en llamar *postpositivismo*). Lo evidencia, por ejemplo, en el siguiente pasaje: “He retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. *La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra*”⁷⁶.

73 GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 109.

74 Sobre este tópico ver MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, op. cit., “La aplicación judicial del derecho constitucional”, p. 359.

75 MENDONCA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, p. 39.

76 HART, Herbert L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 144.

III. Nuestra visión

Puesta en contexto la trilogía de tesis (principales) en torno a la interpretación judicial, nos enrolamos en la última de ellas: *ecléctica* o *intermedia*.

Es que ni todas las soluciones vienen provistas por el derecho, pues de lo contrario el juez no sería sino un autómatas y desangelado aplicador de disposiciones jurídicas (como de alguna manera era percibido en el Estado Legal de Derecho), ni es razonable preconizar una *indeterminación absoluta* del derecho que lleve a pensar que siempre viene instituido por el juez al adjudicar derechos y obligaciones de manera individual, como radicalmente esgrime la corriente de pensamiento denominada *Critical Legal Studies*, evocada por MORESO⁷⁷.

Así como el derecho no es pura indeterminación, la discrecionalidad judicial no es ilimitada ni omnipotente. Como en todos los ámbitos jurídicos, la *prudencia* y la *razonabilidad* con que se conduzca el juez resultan decisivas.

Puntualmente en torno al principio de “razonabilidad” no puede ya dudarse de que, ZAGREBELSKY⁷⁸ *dixit*, ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista* a ser *requisito objetivo del derecho*.

77 MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 1997, pp. 211-212.

78 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 147.

CAPÍTULO

II

**SOBRE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL**

I. Preludio

Con el pasaje del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional (cuestión a la que ya hicimos referencia), tipificado *inter alia* por la evolución de la Constitución de norma política a norma jurídica suprema, el problema de la interpretación — invisibilizado y trivializado en el Estado Legal de Derecho— adquirió notables trascendencia e interés.

Para ello fue necesario tanto que la Norma básica se consolidara y legitimara como normativa jurídica y vinculante para los poderes públicos y los particulares, cuanto que, entre otras circunstancias, los denominados derechos públicos subjetivos del constitucionalismo clásico se transformaran en derechos fundamentales (principalmente después de la Segunda Guerra Mundial) en el contexto del ahora Estado Constitucional.

Mudó la dinámica jurídica, se “descubrieron” los principios y valores constitucionales y asomaron nuevos derechos económicos y sociales. Además, se introdujeron (junto a los tradicionales derechos “negativos”, o sea, de libertad de los individuos) otras disposiciones que establecieron obligaciones de hacer, fines, tareas y objetivos a cumplir, por parte de los poderes públicos en general y del legislador en particular.

En este remozado escenario, brotaron asimismo nuevas exigencias para el juez constitucional (también para la doctrina y la dogmática jurídica) en punto a generar técnicas y métodos de interpretación que le permitieran dar respuesta a las crecientes demandas de aplicación de la Ley fundamental.

II. Interpretación constitucional y métodos tradicionales de interpretación jurídica

1. Una pregunta inicial

Se impone un interrogante básico: las nuevas exigencias que al juez constitucional plantea la interpretación de la Carta magna en el Estado Constitucional, ¿podrían ser exhaustivamente cubiertas por los métodos clásicos de interpretación?

Antes de intentar una respuesta, vale consignar que cuando hablamos de métodos interpretativos clásicos aludimos a aquellos diseñados por la pluma

de SAVIGNY a mediados del siglo XIX. O sea, gramatical, histórico, lógico y sistemático⁷⁹.

El método *gramatical* “tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunice con el nuestro”; el *histórico* “tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley”; el *lógico* “tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes”; y el *sistemático* “se refiere a la conexión interna que enlaza todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”⁸⁰.

2. Respuesta al interrogante

La contestación a la pregunta que abría el apartado anterior es, a nuestro juicio, negativa.

Sin restar utilidad a ese importante cuarteto de métodos tradicionales, entendemos que varias circunstancias *hacen que aquellos resulten insuficientes por sí solos*: la complejidad cualitativa que desafía a la actividad de los tribunales o cortes constitucionales y las cortes supremas de justicia; las particularidades de la interpretación constitucional⁸¹ (cuya especificidad se muestra más notoriamente en ordenamientos jurídicos con sistemas de control concentrado o mixto); la conflictividad de la realidad social en la que la labor hermenéutica debe operar; la complejidad abierta de las disposiciones constitucionales; y, entre otros factores de peso, el rol de la Constitución en el sistema jurídico, *hacen que aquellos resulten insuficientes por sí solos*.

Si bien una combinación de dichos instrumentos puede brindar algún auxilio en el área de la labor hermenéutica que debe desenvolver el juez constitucional, *sería impropio identificar la ley con la Constitución*, por lo que corresponde acudir a otras herramientas específicas y propias de la interpretación constitucional.

79 VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, bei Veit und Comp., Berlin, 1840.

Hay versión en español: *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora y Cía., trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, con prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, 1878-1879.

80 VON SAVIGNY, Friedrich Karl, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en VON SAVIGNY, Friedrich Karl, VON KIRCHMANN, Julius Hermann, ZITELMANN, Ernst y KANTOROWICZ, Hermann, *La ciencia del Derecho*, Losada, trad. de Werner Goldschmidt, Buenos Aires, 1949, p. 83.

81 Una visión crítica respecto de las particularidades de la interpretación constitucional, puede encontrarse en POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, N° 21, Vol. 2 - 1998, Universidad de Alicante, trad. de Josep M. Vilajosana, Alicante, pp. 339-353.

Por diversas razones no es lo mismo interpretar la ley que interpretar la Constitución. Como no lo es interpretar ciertos institutos de derecho privado que hacerlo con disposiciones, valores o principios constitucionales.

Uno de los aspectos de la peculiaridad de la Ley fundamental es explicado por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la cotización específica de la Constitución no es como la de una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino “como portadora de unos determinados valores materiales”⁸². En línea con ello, una adecuada teoría de la interpretación constitucional debe partir de que los métodos tradicionales de interpretación presentan un peso exiguo (salvo para algunos aspectos concretos y puntuales) en relación con las necesidades y los problemas propios de la hermenéutica constitucional, porque dichos métodos fueron pensados para operar respecto de preceptos concretos de derecho civil y penal y no de disposiciones constitucionales que muestran una estructura abstracta y genérica.

En ese sentido, HOLLERBACH asevera que la apología extrema del método jurídico —basada en el entendimiento de que *la Constitución es ante todo una ley* y, consiguientemente, la necesidad de ser interpretada mediante una actividad hermenéutica orientada por cánones caracterizados por guardar una distancia mínima respecto de los empleados para la interpretación de otras leyes— soslaya que una adecuada visión del derecho constitucional presupone siempre tomar en cuenta para la decisión de un caso concreto, la existencia de antinomias constantes entre forma y materia, seguridad y justicia, previsibilidad jurídica y corrección⁸³.

Además, los cánones interpretativos clásicos son limitados y no idóneos para resolver antinomias entre principios constitucionales, en cuyo marco no podrían emplearse criterios tradicionales como el de jerarquía o el de especialidad. Circunscribirse a tales cánones supone —según HESSE— desconocer la finalidad de la interpretación constitucional y, en buena medida, la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo⁸⁴.

Convergentemente, los nuevos problemas de interpretación y aplicación del derecho que constantemente surgen o se reinventan en el terreno de desarrollo de la praxis constitucional, desnudan la inoperancia del método jurídico clásico de la (pura y solitaria) subsunción. Con ello, en modo alguno pretendemos afirmar que este ha desaparecido, pues incluso cuando se utiliza la *ponderación* en algún punto del proceso *es necesario subsumir*.

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, op. cit., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 98.

83 HOLLERBACH, Alexander, “Auflosung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (1960), pp. 241 y ss.

84 HESSE, Konrad, “La interpretación constitucional”, op. cit., *Escritos de derecho constitucional*, p. 40.

Es que, como pone de relieve ALEXY, las dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica son precisamente la subsunción y la ponderación⁸⁵.

Si bien en referencia al contexto alemán, pero con valor que creemos general en el escenario del Estado Constitucional, WÜRTEMBERGER ha puntualizado que la *apertura* de la Constitución la prepara para la tarea de adaptarse (y concretizarse) a la transformación histórica, social y económica y al cambio de las condiciones de vida, *por medio de la interpretación y la evolución constitucionales*⁸⁶.

Sin perjuicio de todo lo analizado hasta aquí, los detractores de los nuevos métodos interpretativos en el ámbito constitucional también han hecho oír sus voces. Con cargo a volver sobre el tema, aquí sólo anunciaremos que FORSTHOFF (en su trabajo “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”) ha efectuado una férrea defensa de los métodos hermenéuticos tradicionales alegando su utilidad en el marco de la interpretación constitucional, lo que implicaba correlativamente una no menos inflexible crítica a los entonces novedosos procedimientos interpretativos propugnados por autores de la talla jurídica de Rudolf SMEND⁸⁷.

III. Métodos, técnicas y criterios

El tema es absolutamente inabarcable, por lo que sólo efectuaremos aquí una muestra panorámica y meramente enunciativa.

1. Repaso ilustrativo

En este universo de instrumentos de hermenéutica constitucional pueden, por ejemplo, mencionarse los siguientes:

- El método *comparatista* propiciado por HÄBERLE, quien llega a sostener que a la comparación jurídica le corresponde ser el quinto método de interpretación (en obvia referencia a los cuatro métodos clásicos propugnados por SAVIGNY y la Escuela Histórica del Derecho), al menos en el derecho constitucional del tipo del “Estado Constitucional”, lo que sería consecuente con la historia de la doctrina de

85 ALEXY, Robert, “Addenda: La fórmula del peso”, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008, p. 349.

86 WÜRTEMBERGER, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, enero-diciembre de 2002, trad. de Joaquín Brage Camazano, CEPC, Madrid, p. 610.

87 Más adelante veremos la respuesta de Otto BACHOF a tales críticas.

la interpretación jurídica⁸⁸. Insiste, además, en la importancia de la comparación cultural. Entiende también que la comparación jurídica que esgrime “debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales”⁸⁹.

- El criterio, argumento o método *teleológico* que —desde la óptica de GARRORENA MORALES— interpreta las normas en atención al fin que persiguen, ya sea del fin querido por el legislador (*concepción subjetiva*), o de la voluntad objetivada en la ley (*concepción objetiva*)⁹⁰. De su lado, se ha predicado de él su vinculación con el método “sistemático” tradicional ya aludido (que se mueve desde la premisa de un sistema jurídico como conjunto ordenado y coherente de normas). Así, según anota DÍAZ REVORIO, en muchas ocasiones el espíritu y la finalidad sólo pueden descubrirse tras una interpretación sistemática que considere a la Constitución como unidad. Añade que el *sentido teleológico* del ordenamiento constitucional está descrito fundamentalmente por los principios y valores explícitos y, remitiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, trae a colación que el sistema constitucional de valores impone una *interpretación finalista de la Constitución* (STC N° 18/1981, Fundamento Jurídico —F.J.— 2)⁹¹.
- El procedimiento de la *ponderación* (conocido como *bilanciamento* en Italia o *balancing of interest* en EE.UU.), propiciado por el *neoconstitucionalismo* al que aludiéramos. Ligado estrechamente al Estado Constitucional, el neoconstitucionalismo ha modificado, *inter alia*, el marco teórico del derecho constitucional, surgiendo —en cuanto a lo que aquí interesa— una nueva dogmática constitucional caracterizada por la complejización del derecho, el que también se tornó menos previsible, permitiendo que en el terreno de la interpretación constitucional gane espacio justamente la técnica de la *ponderación* de valores y principios. Esta, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad⁹², es un método apropiado para formular un “enunciado de

88 HÄBERLE, Peter, “La comparación jurídica como ‘quinto’ método de interpretación y como comparación cultural”, ap. IV del capítulo IV de su libro *El Estado Constitucional*, UNAM - Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de Héctor Fix-Fierro, Lima, 2003, pp. 164-165.

89 *Ibid.*, p. 163.

90 GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 87-88.

91 DÍAZ REVORIO, Francisco J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, p. 319 y nota 95.

92 En una aproximación a tal principio se ha sostenido que se trata del “instrumento metodológico adecuado para resolver las colisiones que, en determinadas situaciones, parecen enfrentar los principios constitucionales —en especial los derechos fundamentales— al entablar una relación en la cual satisfacer a uno lleva al menoscabo del otro. Protagónicamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia alemanas, el *principio de proporcionalidad* ha encontrado cabida en la práctica de otros

preferencia condicionada” o trazar una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta distinta en otro supuesto⁹³.

- El principio ‘*pro persona*’ (*terminología que preferimos a la de ‘pro homine’ por ofrecer un espectro de cobertura más amplio y mostrar una perspectiva de género*), *que impone al intérprete escoger la interpretación más favorable y efectiva para la protección de los derechos, las garantías y libertades del ser humano. Constituye un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos de manera extraordinaria*⁹⁴.

2. Acerca del aporte de HESSE al estudio de la interpretación constitucional

A) Sin pretender abarcar el enorme abanico de metodologías y criterios interpretativos que se han propuesto para llevar adelante la hermenéutica constitucional, tema ciertamente inagotable, recordaremos sólo ilustrativamente la propuesta del autor identificado en el epígrafe, quien para salvar la insuficiencia de los métodos interpretativos tradicionales, propone a manera de complemento los siguientes principios⁹⁵:

- i) *De unidad de la Constitución*: la relación y la interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la disposición aislada, sino visualizarla en el conjunto normativo donde debe ser situada. Además, todas las disposiciones constitucionales han de ser interpretadas de manera tal que se eviten contradicciones con otros preceptos constitucionales.
- ii) *De concordancia práctica*: en la solución del problema, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que todos ellos conserven su entidad.

tribunales constitucionales —entre los que destaca el español—” (SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, IJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 121).

93 PRIETO SANCHÍS, Luis, op. cit., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123 y ss. El entrecomillado del texto se encuentra en p. 142.

94 PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

95 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 45-48.

- iii) *De corrección funcional*: el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones que se le han encomendado, lo que es aplicable en particular a las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional ya que, frente a aquel, al tribunal sólo le corresponde una función de control, estándole vedada una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador (a la que ya aludiéramos) más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo.
- iv) *De la eficacia integradora*: si la Constitución se propone la creación y el mantenimiento de la unidad política, en la resolución de los problemas jurídico-constitucionales debe otorgarse preferencia a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.
- v) *De la fuerza normativa de la Constitución*: en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, debe darse preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.

B) Si bien el aporte de HESSE ha suscitado un importante seguimiento doctrinario, también ha recibido comentarios críticos.

Entre estos últimos, el de FERRERES COMELLA para quien, analizado el catálogo de argumentos de aquel, concluye que sólo *el principio de corrección funcional* merece ser destacado como peculiar en el ámbito de la interpretación constitucional, mientras que los demás pueden subsumirse perfectamente en las reglas tradicionales de interpretación⁹⁶.

En tal sentido, agrega que el *principio de unidad de la Constitución* no es más que el viejo principio de interpretación sistemática; el de *concordancia práctica* es consecuencia del principio de unidad aplicado a las colisiones entre diversos bienes jurídicos (con lo que se continúa en el campo de la interpretación sistemática); el de *eficacia integradora* es un ejemplo concreto de aplicación del argumento teleológico; y el de *fuerza normativa de la Constitución* no tiene nada de especial, porque toda norma debe aplicarse de modo que se obtenga su máxima eficacia, dentro de lo posible⁹⁷.

E incluso acerca del *principio de corrección funcional* manifiesta que tal como está formulado no permite avanzar demasiado en la tarea interpretativa de la Constitución, ya que si como afirma HESSE el tribunal no puede interpretar la Constitución de

96 FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, Madrid, 2012, p. 41.

97 Ídem.

manera que restrinja la libertad del legislador más allá de los límites establecidos constitucionalmente, el argumento es circular. Es que —siempre en la visión de FERRERES COMELLA— si sólo se pueden determinar qué restricciones impone la Constitución interpretándola, se vuelve al punto de partida, o sea a cómo el tribunal debe interpretar la Constitución⁹⁸.

Sea como fuera, entendemos que es indudable la contribución de HESSE a la teoría de la interpretación constitucional, uno de los temas más arduos y conflictivos en los ámbitos del derecho constitucional y el procesal constitucional.

3. Otras propuestas metodológicas

La cantera de formulaciones metodológicas en materia de interpretación constitucional es interminable. Citaremos sólo un puñado de ellas a simple modo de muestra. Algunos de tales métodos interpretativos son llamados “modernos” (aunque en términos cronológicos no lo sean del todo), para remarcar su contraposición con los cánones interpretativos “clásicos” que —como apreciábamos— hacen converger la gramática (también la sintaxis), la historia, la lógica y el sistema.

A) HESSE y la concretización

Otro de los ricos aportes que a la teoría constitucional y al derecho constitucional ha realizado el varias veces citado Konrad HESSE⁹⁹, discípulo de Rudolf SMEND y a su vez maestro de Peter HÄBERLE, es su percepción sobre el *principio de concretización* en el proceso de interpretación de las normas constitucionales, por ejemplo a través de la jurisprudencia constitucional. Su *método de interpretación constitucional como concretización* nos pone en sintonía con el rol activo y constructivo del intérprete en el desarrollo del proceso hermenéutico.

B) La Tópica

Autor imprescindible para un acercamiento a la “Tópica” es el alemán Theodor VIEHWEG¹⁰⁰.

98 *Ibid.*, pp. 41-42.

99 Su obra magna es *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl. 1966, 20. Aufl. 1995 (Neudruck, 1999).

Además de lo señalado en el texto, otra aportación significativa de HESSE son sus proposiciones sobre la *fuerza normativa de la Constitución* (*Die normative Kraft der Verfassung*, 1959) en contrapunto con Georg JELLINEK, quien sostenía la *fuerza normativa de lo fáctico* (*normative Kraft des Faktischen*).

100 Su obra cumbre es *Topik und Jurisprudenz* (1ª ed., Beck, München, 1953), y ha despertado gran interés en la doctrina.

Sintetizando al máximo su pensamiento, seguimos a GARCÍA AMADO, quien explica que aquel concibe a la Tópica como *técnica de pensamiento de problemas* (*Techne des Problemendenkens*) o *procedimiento de búsqueda de premisas*. Su punto de arranque es un *problema concreto*, una situación de la vida real, una “*aporía*”, entendida por VIEHWEG como una cuestión acuciante o ineludible respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. La Tópica pretende dar orientaciones, indicaciones de cómo proceder en una determinada situación, a fin de no quedar bloqueado sin remisión. Lo que caracteriza a una cuestión como “problema” es que existan *distintas alternativas para su tratamiento, diferentes respuestas o vías de actuación posibles*, pero lo que se busca es *una solución o respuesta*, cuestión que ineludiblemente conlleva la necesidad de una decisión, de una elección entre alternativas¹⁰¹.

Es interesante resaltar la vinculación entre la “concretización” y la “Tópica” en el marco de la interpretación constitucional.

Así, HESSE¹⁰² ha puntualizado que si la Constitución “no contiene un sistema cerrado y unitario (ya sea éste lógico-axiomático o de jerarquía de valores) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, la misma hará necesario un procedimiento de concretización que responda a esta situación: a través de una actuación ‘tópica’ orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*)”.

Los tópicos o *topoi* son para la doctrina tópica el elemento operativo central del proceder que ella describe, aunque su conceptualización no escapa de lo que parece ser la tónica recurrente de VIEHWEG en *Topik und Jurisprudenz*: carencia de definiciones o caracterizaciones unívocas.

En un intenso esfuerzo doctrinario, GARCÍA AMADO intenta inferir qué significan los *topoi* para VIEHWEG. Explica que en la mayoría de las ocasiones los denomina “puntos de vista” (*Gesichtspunkte*), aunque anticipa que para aquel lo importante de estos es su función; es decir, la dimensión funcional, operativa y práctica que los aglutina y los hace susceptibles de un tratamiento teórico unitario. Advierte, sin embargo, que no es la de “puntos de vista” la única expresión o término con que el

101 Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, 1ª ed., Universidad de Oviedo (Servicios de Publicaciones), Civitas, Madrid, 1988, pp. 75-78.

102 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 42-43.

autor alemán denomina a los *topoi*. Un tema digno de destacar es que, para este último, *el derecho —en cuyo centro está la aporía perenne de qué sea lo justo en cada lugar y momento—* constituye uno de los campos privilegiados de actuación para los *topoi*¹⁰³.

C) *El método “científico-espiritual”*

Su artífice es el mencionado SMEND¹⁰⁴. Varios elementos e ingredientes dan forma a la interesante construcción teórica y conceptual del método en cuestión.

Por ejemplo, la concepción del Estado no como persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino como parte de una realidad espiritual “integrada”. En esa dirección, adquiere realce la visión de la Constitución como ley de la integración (no sólo como un estatuto de organización), proceso integrante en el que cobran importancia los derechos fundamentales. La Constitución es además para SMEND *una forma vital de los ciudadanos que participan de la vida del Estado*. En semejante “teoría de la integración” que prefigura, los valores comunes expresados y servidos por la Constitución actúan como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben ser entendidos y aplicados.

Enfatiza —como se anunciara— el sistema material (también cultural) de valores en que la Constitución se sustenta. Intenta también potenciar la concreción de respuestas hermenéuticas conciliatorias en la búsqueda de soluciones que propicien la cohesión política y social.

En su momento, las ideas *smendianas* fueron duramente fustigadas por el citado FORSTHOFF y también por Kelsen, pero es indudable que ellas han tenido una singular influencia en los criterios interpretativos con los que ha venido operando el Tribunal Constitucional Federal alemán. Incluso algunas de sus aportaciones hermenéuticas y materiales en el ámbito de los derechos fundamentales han sido recibidas por un Tribunal Constitucional como el austríaco, primigeniamente arraigado en una lógica férreamente formal-positivista alimentada por el pensamiento kelseniano.

D) *HÄBERLE y la democratización de la interpretación constitucional*

Dicho autor se muestra decididamente contrario a la idea de que la interpretación constitucional sea monopolizada en exclusiva por los juristas. En ese sentido,

103 García Amado, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, pp. 119 y ss.

104 Su gran obra es *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, 1985.

Una síntesis del pensamiento *smendiano* puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 100.

preconiza que aquella es un proceso público y pluralista y que para que la Constitución se materialice es imprescindible que los ciudadanos se involucren en el proceso de su interpretación y aplicación.

Presenta, así, su tesis sobre la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*. Además, con matices, muestra una percepción convergente con ZAGREBELSKY en punto al pluralismo metodológico de la Constitución. Para el doctrinario alemán, no existe un orden de prelación entre los diferentes métodos interpretativos y tampoco es conveniente ceñirse a uno solo de ellos. Postula de tal modo la conveniencia de una *utilización metodológica combinada*.

Destaca, por último, la particular idoneidad de la teoría constitucional para recurrir a la ciencia cultural, al orientarse a la totalidad del orden jurídico¹⁰⁵.

E) La teoría de la argumentación jurídica

La temática de la argumentación jurídica es muy extensa y también intensa¹⁰⁶. Al solo efecto ilustrativo traeremos telegráficamente aquí algunas aportaciones de ATIENZA y de MACCORMICK.

Lejos de evocar las *concepciones del Derecho* (el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo y el escepticismo jurídico), ATIENZA señala que ellas parecieran haber entrado en crisis como consecuencia de la irrupción, en las últimas décadas del siglo XX, del paradigma del constitucionalismo (neoconstitucionalismo, para algunos). Aclara que lo anterior no quiere decir que haya que prescindir sin más de aquellas concepciones puesto que contienen elementos imprescindibles para desarrollar *un enfoque argumentativo del Derecho*, pero ninguna de ellas parece, por sí misma, adecuada para cumplir ese objetivo¹⁰⁷.

Según su visión, *la nueva concepción del Derecho (constitucionalismo o postpositivismo)* supone, en términos generales y entre otras cosas, que el Derecho no puede verse exclusivamente como una “realidad ya dada”, como el producto de una autoridad, sino además como una “práctica social” que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica: **i)** un cierto “objetivismo valorativo”; **ii)** *atribuir una especial importancia a la interpretación*, entendida como “una actividad

105 Otros lineamientos de la tesis pueden verse en HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, Nº 13, enero-junio de 2010, trad. de Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada, Granada, pp. 379-411.

106 Sobre el tema en general, y entre otros valiosos aportes, véase la citada obra de ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*.

107 ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 28. Las concepciones del Derecho aludidas por el autor, constan en pp. 21-28.

guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica”; **iii)** otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo; y **iv)** que el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo tendría que ser el de “integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales”¹⁰⁸.

Además, tal concepción supone una mayor demanda de justificación, de argumentación en el Derecho, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. “Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política”¹⁰⁹.

Para finalizar esta brevísima reseña de alguna faceta del pensamiento de ATIENZA, vale traer a colación su criterio en cuanto a que el enfoque del Derecho como argumentación presupone un trasfondo “pragmatista”, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica. El tipo de pragmatismo específico que defiende presupone una idea fuerte de razón práctica, es decir que no implica circunscribir la racionalidad práctica a la adecuación entre medios y fines, concepción que —advierte— “permitiría calificar de pragmatistas a filósofos como KANT o como HABERMAS, o a teóricos del Derecho como DWORKIN”¹¹⁰.

Por su parte, para MACCORMICK los criterios que en la argumentación jurídica deben adicionarse a los estrictamente lógicos, y que conforman la denominada razón práctica, son los de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias, concebidas como lógicas o normativas, con lo cual —en palabras de ATIENZA— la concepción de MACCORMICK “no significa un consecuencialismo a la BENTHAM”¹¹¹ [énfasis del original].

Y la argumentación jurídica —dentro de los límites establecidos por los principios de universalidad, consistencia, coherencia— es esencialmente una argumentación

108 *Ibid.*, p. 29.

109 *Ibid.*, pp. 29-30.

110 *Ibid.*, p. 30.

111 ATIENZA, Manuel, “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, en su obra *Cuestiones judiciales*, 1ª ed., 2ª reimpres., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 91, Fontamara, México, D.F., 2008, p. 18.

*consecuencialista*¹¹². Según MACCORMICK el principio *consecuencialista* se pone de manifiesto en las relaciones entre la argumentación y la decisión jurídica con el mundo. Así, una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema sino también con el mundo.

De su lado, es interesante la distinción que entiende existe entre el *resultado* y las *consecuencias* de una acción. El *resultado* de la acción del juez al decidir un caso radica en producir una norma válida, mientras que las *consecuencias* son los estados de cosas posteriores al resultado y vinculados con él¹¹³.

En definitiva, como sostiene CÁRDENAS GRACIA, “en el argumento consecuencialista desarrollado por MACCORMICK, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia”¹¹⁴.

Ello confirma la visión anticipada en cuanto a que no puede catalogarse a la teoría de MACCORMICK como un consecuencialismo a la BENTHAM, sino como un *utilitarismo ideal o consecuencialismo de valores*¹¹⁵.

Finalizamos estas líneas remitiendo a un significativo párrafo de ALEXY, con el que abre el “Prefacio” a su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, ya mencionada aquí. Allí aludió a una resolución de la Sala Primera del *BverfG*, de 14 de febrero de 1973 (*BverfG*, 34, 269 [287]), en la que se dijo que las resoluciones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales”¹¹⁶. A partir de tal premisa, el autor alemán sintetizó en buena medida el núcleo de la búsqueda que intentaría en el referido libro, en un pasaje que bien vale para graficar la *especial importancia de la argumentación jurídica*: “Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del derecho o a los filósofos del derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa

112 Ver MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

113 Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª ed., 3ª reimpres., IJ de la UNAM, México, D.F., 2007, p. 123.

114 CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Tº I, Porrúa y UNAM, México, D.F., 2005, p. 274.

115 Sobre este punto, *vid.* el interesante enfoque de PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 8, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2008, p. 26.

116 ALEXY, Robert, “Prefacio”, *op. cit.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 19.

en las cosas públicas. *De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales*¹¹⁷.

F) En torno al Análisis Económico del Derecho (AED)

En el proceso de formación de la teoría del AED (*Law and Economics*, en lenguaje anglosajón) han sido decisivas las contribuciones de COASE (por ejemplo, en torno al costo social de las actividades económicas) y de CALABRESI (v. gr., en cuanto al análisis costo-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales) en la década de los 60 del siglo pasado. No menos fundamental aparece el aporte analítico de POSNER en la década de los 70, para institucionalizar dicha teoría en la cultura jurídica contemporánea¹¹⁸.

Advierte SOLA que al referirse al AED no se alude a estudios contables o de administración sino a la *utilización de la teoría económica para entender mejor las consecuencias del derecho*¹¹⁹. Añade que el AED, como todo análisis de ese tipo, posee un elemento *positivo* y un elemento *normativo*: el elemento *positivo* se da cuando se utiliza análisis económico para conocer mejor las consecuencias de las normas jurídicas, ya sean leyes, reglamentos o sentencias; y el análisis *normativo* tiene lugar cuando el economista analiza alternativas y propone una concretamente, sin expresar las consecuencias de las otras posibles, perspectiva habitual en macroeconomía y particularmente en la llamada economía de bienestar¹²⁰.

Visualizada en términos cognoscitivos, la relación costo-beneficio como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social¹²¹ constituye una útil herramienta para el juez. Agregamos por nuestra parte que es justamente un instrumento que le permite contar con mayor cantidad (y calidad) de elementos idóneos para dictar una resolución; pero es uno más, no el único ni el mejor.

Para prevenir la disfuncionalidad del sistema, *debe evitarse que el análisis económico del derecho irrumpa en el criterio del juez con mucho de económico y poco de derecho*. Su utilización racional impone dar la importancia que cada ingrediente debe tener en el proceso sentencial, esto es, dosis proporcionales de lo jurídico y lo económico, para

117 Ídem.

118 Para un acercamiento a la ampliación de las relaciones entre el derecho y la economía, el origen del AED y su consolidación teórica, ver por ejemplo, BEJARANO, Jesús A., "El Análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos", *Revista de Economía Institucional*, N° 1, noviembre de 1999, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 155-167.

119 SOLA, Juan V., "La Corte Suprema y el análisis económico del derecho", *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, p. 1225.

120 Ídem.

121 *Ibid.*, p. 1228.

que la economía no termine fagocitando al derecho y menos a la justicia, de la cual este es un instrumento.

Parece conveniente pensar al AED como medio y no como un fin en sí mismo, para permitir a la magistratura constitucional un apropiado contralor de los actos públicos y una mayor posibilidad de resolver adecuadamente los conflictos entre particulares¹²².

Desde ese punto de vista, al menos *a priori*, será posible lograr un mayor grado de *eficacia* en la resolución judicial, entendiendo a aquella como la “capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado”, lo que debe vincularse con la *eficiencia*, concebida como la “capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles”, y con la *efectividad*, que en una de sus acepciones supone validez o autenticidad¹²³.

En definitiva, y utilizando con cautela y en su justa medida la metodología del AED —con la marca consecuencialista que le es inherente—, puede resultar importante y útil para medir la potencial incidencia económica de las sentencias jurisdiccionales, aunque el juez siempre deberá mantener una equilibrada actitud que armonice el principio de razonabilidad, las características del escenario valorativo en el que deba moverse al resolver y el mandato que sobre él recae en punto a la adopción de decisiones justas y equitativas¹²⁴.

Por lo demás, habrá de proceder con suma prudencia cuando estén en juego derechos fundamentales, primordialmente económicos, sociales y culturales, para sortear el riesgo de que la aplicación rígida de las técnicas del AED (que en EE.UU. han sido criticadas, v. gr., por la fugazmente aludida Teoría Jurídica Crítica —*Critical Legal Studies*¹²⁵—) obture el avance progresivo o produzca un

122 *Ibid.*, p. 1232.

123 Los conceptos de “eficacia”, “eficiencia” y “efectividad” han sido tomados del *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

124 *Mutatis mutandis*, en referencia al instrumentalismo jurídico se ha afirmado que “si bien la ‘materialización’ del derecho [además de Europa] quizá también en Estados Unidos estuvo en sus orígenes ‘asentada sobre una idea de justicia’ (que oscuramente yacía en el trasfondo de al menos algunos miembros del realismo jurídico originario), hacia los años cincuenta del siglo XX, ese horizonte moral quedó definitivamente devorado por la ‘ingeniería social’ y el *policy analysis* (o el ‘análisis económico del derecho’ y la sociología jurídica científica y conductista como sus herederos), tan preocupados por la eficiencia instrumental de los medios que olvidaron la genuina discusión valorativa sobre los fines. Tal vez el principal punto débil del instrumentalismo, o al menos de su degeneración tecnocrática [...] sea precisamente su carácter excesivamente instrumentalista” (cfr. PÉREZ LLEDÓ, Juan A., op. cit., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, p. 21).

125 Sobre el desarrollo de la corriente *Critical Legal Studies* (CLS) en EE.UU., ver por ejemplo, KENNEDY, Duncan, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 283-293.

En torno a las causas por las que la teoría de CLS no ha sido acogida en España, ver CALSAMIGLIA,

impacto regresivo en derechos básicos estrechamente unidos a la dignidad de la persona.

De manera tangencial, nos permitimos recordar que el AED¹²⁶ ha tenido su aterrizaje formal en el seno de la Corte Suprema de Justicia argentina. En efecto, en la Acordada N° 36/2009¹²⁷, de 9 de septiembre, aquella advierte que, en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales como Máximo Tribunal del Poder Judicial, debe adoptar decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realicen en el país (consid. 1°). En tal sentido, dispuso la creación de una unidad técnica a la cual se le pueda solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos que derivarían de decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal, fijando las pautas para el alumbramiento de la *Unidad de Análisis Económico*, que se localizaría en la órbita de la Secretaría General de Administración. Sea como fuera, tal unidad técnica no ha tenido en la práctica una labor muy profusa.

G) *Uso alternativo del Derecho (UAD)*

La lógica tensional constitucionalismo-democracia, a la que aludiéramos y de la que se deriva la delicada relación entre jurisdicción y legislación, justifica —según ZAGREBELSKY— todas las reservas ante los diversos intentos realizados “para desplazar la línea de confin de esta relación a favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal”¹²⁸.

Añade el autor italiano que el UAD representó —a comienzos de los años 70 de la pasada centuria— un intento por derivar, directamente de los principios constitucionales, reglas aplicables en sede judicial como alternativa a las establecidas por el legislador. Así, a las reglas legislativas “se les privaba del valor que debería garantizar su inserción en el círculo interpretativo junto a los principios que cualificaban los casos”.

El UAD consistía, en lo esencial, en una amputación, es decir, en la categorización de sentido y de valor del caso a la luz de la Constitución y en la deducción de la regla a partir de sus principios, como si estos constituyesen un sistema cerrado sin espacios para el legislador¹²⁹.

Albert, “La retórica de *Critical Legal Studies*. Impresiones de un lector español”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, cit. en el párrafo anterior, pp. 295-310.

126 Puede compulsarse sobre el tema el trabajo de TAVANO, María J., *Los presupuestos de la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011. La autora analiza en general el tema del AED en el capítulo I de su obra, en pp. 31-123.

127 Firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

128 ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 152.

129 Ídem.

4. Cierre

Para proporcionar una gráfica imagen del nivel de conflictividad y complejidad de la interpretación constitucional (como creemos lo atestiguan las líneas precedentes), puede acudir nuevamente a ZAGREBELSKY, quien propugna un *pluralismo metodológico*.

El autor italiano sostiene que la *pluralidad de métodos*, advirtiendo —como vimos— que cada uno de estos puede ser empleado alternativamente frente a cualquiera de los otros, y el *eclecticismo* de las doctrinas de la interpretación son indicios de la indeterminación de la naturaleza del “derecho legislativo”¹³⁰.

Añade que el *pluralismo metodológico* está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado imponer uno de ellos en detrimento de los demás “y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista”. De allí que —prosigue— quien pretende imponer un método logra el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa¹³¹ y de este modo, como ha mencionado KRIELE, “se tiene la impresión de que *los esfuerzos teóricos sobre los métodos [...] tienen algo de donquijotesco*”¹³².

No puede ocultarse que ZAGREBELSKY y HÄBERLE propician el *pluralismo metodológico* en el área de la interpretación constitucional y abrevan de una fuente común: la idea de *Constitución abierta*, es decir, habitada por formulaciones normativas con dosis importantes de indeterminación, que permiten lecturas disímiles y plurales.

Ese fecundo espacio facilita que germinen, respectivamente, proposiciones teóricas como la del *diritto mitte* (la Constitución como *derecho dúctil*) o de la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, para “democratizar” la hermenéutica constitucional.

130 *Ibid.*, p. 135.

131 *Ídem.*

132 KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 26; referido por ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 135.

TÍTULO TERCERO

**INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN (I): DESLINDE
CONCEPTUAL**

CAPÍTULO

I

**¿DE QUÉ HABLAMOS
CUANDO HABLAMOS DE
INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN?**

I. Preliminar

Por razones metodológicas es imprescindible efectuar una delimitación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión, la que —pese a la obiedad— supone involucrar a las pretericiones inconstitucionales que consideramos pasibles de corrección.

Si bien volveremos sobre el punto, comenzamos reafirmando que la violación a la Constitución puede darse *por acción o comisión* y *por omisión*.

El primer caso se da cuando se dicta un instrumento normativo (ley, decreto, ordenanza, resolución, etcétera) contrario a la Ley fundamental, sin perjuicio de que, en puridad, nos interese enfocar aquí de manera particular las preterisiones del legislador.

El segundo supuesto se configura, valga la tautología, cuando se *omite inconstitucionalmente*, esto es, cuando no se actúa o no se sanciona una norma pese a la imposición de la Constitución al respecto y también cuando se lo hace deficiente o discriminatoriamente, debiendo generarse en ambos casos una *situación inconstitucional*.

Utilizando una imagen discursiva podríamos decir que la primera hipótesis (por *acción o comisión*) supondría una inconstitucionalidad *positiva*, no por el resultado sino por el medio que se emplea para configurarla: un *producto normativo*. Mientras que la segunda (por *omisión*) importaría una inconstitucionalidad *negativa*: una *inactuación lisa y llana, o bien, una actividad insuficiente y defectuosa*.

El fundamento para habilitar las omisiones inconstitucionales legislativas radica, como *mutatis mutandis* lo puntualizara AGUIAR DE LUQUE, en que “si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos y, de modo específico, del legislador, *tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar*”¹³³.

Tal vez el origen más cercano y concreto de la preocupación doctrinaria por el estudio de la inconstitucionalidad por omisión legislativa deba ubicarse en Alemania, desde donde han provenido tempranos e importantes aportes teóricos, sin olvidar

133 AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, N° 24, UNED, Madrid, 1987, p. 25.

ciertos pioneros antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuya ley —cabe recordar— fue sancionada en 1951.

Presentada a grandes trazos la cuestión, efectuaremos seguidamente una rápida exposición de las posiciones que la doctrina ha adoptado en torno al concepto de la figura y a su alcance, para luego perfilar brevemente nuestra visión sobre el particular.

II. Recorrido doctrinal enunciativo

1. Dos vertientes autorales

Una acotada explicación previa nos lleva a subrayar que, a grandes trazos, dos son las posiciones salientes que las doctrinas nacional y extranjera han asumido respecto de la delineación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión en cuanto a su radio de cobertura: una *amplia* y otra *restringida*.

De cualquier modo y como el problema es arduo, complejo y multifacético, al interior de cada una de tales percepciones no existe precisamente una coincidencia absoluta sobre los alcances del instituto en análisis.

A) *Posición amplia*

Sin ánimo taxativo, enunciaremos las visiones de algunos de los exponentes de esta concepción.

a) En general, la doctrina argentina se ha ubicado en esta tesitura entendiendo que la inconstitucionalidad por omisión puede activarse ante inercias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Es preciso advertir, sin embargo, que no ha existido una preocupación sostenida por profundizar y sistematizar los perfiles conceptuales de la figura.

Para BIDART CAMPOS, así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, “hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos *inconstitucionalidad por omisión*”. Añade que, para detectarla, “hay que examinar en cada caso *si la ‘obligación’ de ‘hacer’ que impone la Constitución* (por ej., legislar en tal o cual materia) *viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber*”¹³⁴.

134 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 354-355.

A su turno, SAGÜÉS sostiene que “el Estado puede pecar de inconstitucionalidad no solamente ‘dictando’ normas inconstitucionales, sino también ‘no dictando’ aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar (p. ej., al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la ley suprema); o *al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso*, cuando así debe hacerlo”¹³⁵.

Por su parte, QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA entienden que la violación constitucional puede producirse no por incompatibilidad de normas infraconstitucionales con la Constitución, sino por ausencia o falta de regulación, estando ésta prescrita por la propia Constitución. Advierten que la omisión inconstitucional se puede consumir por incumplimiento (demora, inacción, abstención) *tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo* y que el presupuesto de la inconstitucionalidad por omisión es *el incumplimiento de un órgano estatal*¹³⁶.

Del repaso efectuado, surge que entre los autores mencionados existe coincidencia en punto a que la inconstitucionalidad por omisión no queda circunscrita a las pretericiones del legislador, sino a las de cualquier órgano que ostente el deber constitucional de deparar normas de desarrollo de la Ley fundamental.

b) Ya en cuanto a la doctrina extranjera, pueden nombrarse —entre otros— a MIRANDA en Portugal y FERNÁNDEZ SEGADO en España.

El primero de ellos ha indicado que la inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa, que resulta de la inercia o del silencio de *cualquier órgano de poder*, durante un cierto tiempo, del acto exigido por la Constitución (“a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de *qualquer órgão de poder*, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição”)¹³⁷.

El segundo ha expresado que “el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula [...] a la estructura de determinadas normas constitucionales, que requieren para su cumplitud de una intervención reguladora ulterior, *normalmente del legislador, si bien, aunque de modo excepcional, dicha intervención, a nuestro entender, podría provenir asimismo de un órgano administrativo*”¹³⁸.

135 SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 37.

136 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á., y CENICACELAYA, María de las N., *Derecho Constitucional argentino*, T° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 564-565.

137 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T° II, Coimbra Edit., Coimbra, 1993, p. 338.

138 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en el “Prólogo” a la obra de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, p. 20.

Es posible identificar una amplitud intensa en la visión del profesor luso (cuando se refiere a la inercia o al silencio de *cualquier órgano del poder*) y una versión no tan expandida en la posición del catedrático español, que ciñe la inconstitucionalidad por omisión a la ausencia de intervención reguladora por parte del órgano legislativo y excepcionalmente de un órgano administrativo.

B) Percepción restringida

En Europa se aferran a esta postura reducida, en general comprimiendo la inconstitucionalidad por omisión a las pretericiones legislativas, autores como PICARDI (Italia) y GOMES CANOTILHO (Portugal) y algunos doctrinarios españoles que se han acercado de un modo sistemático a la problemática que analizamos.

PICARDI puntualiza que por *omisión del legislador* se entiende una situación caracterizada, de una parte, por un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (sanción de normas legislativas de conducta); por otra parte, un acto concreto del legislador que contrasta, en todo o en parte, con aquello descrito por el precepto constitucional (“si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che describe un determinato comportamento del legislatore [emanare norme legislative di attuazione], per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale”)¹³⁹.

Por su parte, luego de advertir que la noción de omisión legislativa no es un concepto ‘naturalista’, reconducible a un simple ‘no hacer’ o a un simple ‘concepto de negación’, GOMES CANOTILHO señala que la omisión legislativa, para cobrar significado autónomo y relevante, debe conectarse con una exigencia constitucional de acción, no siendo suficiente el simple *deber general de legislar* para dar fundamento a una omisión inconstitucional. Es decir, que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de *exigencias constitucionales legisferantes en sentido estricto*, o sea, del no cumplimiento de normas que, de manera permanente y concreta, vinculan al legislador a adoptar medidas legislativas ‘concretizadoras’ de la Constitución (“A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexasse com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”, agregando que las omisiones legislativas inconstitucionales “derivam do não cumprimento de *imposições constitucionais legisferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas

139 PICARDI, Nicola, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, en AA.VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 597 y ss.

que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição”¹⁴⁰ [énfasis del original].

A su tiempo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entiende que la inconstitucionalidad por omisión es “la falta de desarrollo por parte del *Poder Legislativo*, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”. Aclara que la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la *omisión*, mientras que el resto alude a la *inconstitucionalidad*¹⁴¹.

GÓMEZ PUENTE parte de la *inactividad legislativa como concepto jurídico*, es decir, pretende desterrar —a nuestro juicio, con razón— que aquella sea una cuestión meramente política carente de toda significación jurídica. Añade que la teoría de la inactividad se construye a partir de un *deber jurídico positivo de obrar*¹⁴².

Es que si la emanación de una ley que viola la Constitución tiene notorias consecuencias jurídicas que pueden conducir a activar el control de constitucionalidad y por tanto la declaración de su inconstitucionalidad con efectos generales o particulares, de acuerdo con el sistema de control de constitucionalidad al que se adscriba, el incumplimiento de un mandato constitucional de legislar en desarrollo de la Ley fundamental naturalmente también debe tenerlas.

Finalmente, sintetizando el pensamiento de VILLAVERDE MENÉNDEZ, vemos que este autor se distancia de lo que denomina la *tesis obligacional* (deber de legislar), postulada por los doctrinarios anteriormente nombrados, y sostiene que dentro de la libertad de decisión que ostenta, el legislador puede optar por permanecer pasivo, lo que en rigor supone no legislar. Añade que tal silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una *norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución*. Sólo aquellos silencios de la ley (omisiones relativas) o del legislador (omisiones absolutas), que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales¹⁴³.

En resumen, el autor esgrime que en el silencio legislativo existe una norma implícita que puede ser objeto de control jurídico¹⁴⁴.

140 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Almedina, Coimbra, 1993, p. 1089.

141 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 81.

142 GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. XXXII-XXXIII.

143 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, por ejemplo en pp. 35 y ss.

144 *Ibid.*, pp. 109 y ss.

2. Las tesis obligacionistas y normativistas

Como acabamos de ver, no es precisamente cuestión sencilla ni pacífica definir qué se entiende por omisión inconstitucional y cuál debería ser el objeto de la fiscalización por el órgano de justicia constitucional.

Dos posiciones doctrinales, *obligacionistas* y *normativistas*, muestran *a priori* un desencuentro absoluto¹⁴⁵.

Así, para los *obligacionistas*, el control constitucional se posa en el incumplimiento por parte del legislador de una determinada obligación (o deber) de legislar que le impone la Constitución, lo que realza la importancia de analizar el lapso por el que se ha mantenido la indolencia legislativa. Exponente de esta tesis es fundamentalmente la doctrina portuguesa reseñada.

Los *normativistas*, a su hora, hacen énfasis no tanto en la omisión propiamente dicha, vista como el incumplimiento de una obligación de legislar, sino en las consecuencias de la misma, destacando que el control debe recaer en la norma implícita que surge de la inactividad del legislador. Cultura de esa posición es la doctrina italiana.

Desde nuestro punto de vista estas concepciones, en apariencia disociadas radicalmente, pueden brindar algún útil puente conectivo y permitir una conceptualización de la omisión inconstitucional que tome elementos de ambas.

Coincidimos en el particular con FERNÁNDEZ SEGADO cuando describe a la omisión inconstitucional “como una realidad bifronte, esto es, si por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional del legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Dicho de otro modo, la caracterización jurídica del concepto que nos ocupa ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa. Y desde esta óptica, las concepciones obligacionales y normativistas se manifiestan reductoras frente a la complejidad de la figura jurídica considerada”¹⁴⁶.

145 Seguiremos aquí el panorama que describe FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Año 3, N° 7, abril-junio de 2009, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Edit., Rio Grande do Sul, pp. 64-65.

146 *Ibid.*, p. 66.

Al respecto, FERNÁNDEZ SEGADO (idem) remite a PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13.

3. Nuestras percepción y propuesta conceptuales

Con la lógica prevención que indica que toda definición es *peligrosa y arbitraria*, igualmente arriesgaremos una propuesta de conceptualización de la figura.

Simplificando al extremo la cuestión y partiendo de la posición de vinculación entre elementos sostenidos por obligacionistas y normativistas, entendemos que la inconstitucionalidad por omisión consiste en *la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.*

A continuación, para intentar dar una explicación más comprensible, disociaremos esquemáticamente los componentes de tal caracterización.

A) Comenzaremos vinculando la primera parte del concepto con la última. Así, obtendríamos tres elementos por analizar:

- *La falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional.*
- *Que tales inactuación total o actividad deficiente se hayan mantenido por un lapso irrazonablemente extenso.*
- *Que de ellas se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.*

a) La alusión a “la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional” y las expresiones “inactuación total o actividad deficiente”, nos conectan con las modalidades de omisiones anticonstitucionales más difundidas: *absoluta o total* y *relativa o parcial*, siguiendo *mutatis mutandis* la conocida tipificación de WESSEL.

Con cargo a volver más detenidamente sobre el particular, aquí adelantamos someramente que la omisión inconstitucional será *absoluta o total* cuando no se ha dictado normativa legislativa alguna para desenvolver el mandato constitucional. O sea, se configura un caso de “*falta de desarrollo de una disposición constitucional*” o de “*inactuación total*” por parte del legislador.

A su tiempo, será *relativa o parcial* si se hubiera sancionado un dispositivo legislativo pero de modo insuficiente, excluyendo arbitrariamente de su cobertura a determinados grupos o personas y violando así el principio de *igualdad* o en ciertos casos otros, como el *debido proceso*. En otras palabras, se presenta un supuesto de “*insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional*” o “*actividad deficiente*” del legislador.

La alusión al *debido proceso* en el párrafo anterior nos lleva a aclarar que existen desarrollos jurisprudenciales (fundamentalmente en la Corte Constitucional de Colombia) que predicen, acertadamente a nuestro juicio, que las omisiones inconstitucionales relativas no se configuran de manera exclusiva cuando media quebrantamiento de la igualdad, sino también en supuestos de insuficiencia normativa lesiva del debido proceso y otros bienes, principios o valores constitucionales. Volveremos sobre este tema más adelante.

Finalizamos esta breve aproximación resaltando la gráfica e interesante contribución de MIRANDA en cuanto a que la omisión relativa o parcial consiste en la *falta de cumplimiento del mandato constitucional en cuanto a algunos de sus aspectos o de sus destinatarios*¹⁴⁷. Nos parece una buena fórmula sintetizadora de los perfiles de tal vertiente de pretermisión inconstitucional.

b) Por otra parte, el tramo de la conceptualización que se refiere a que aquellas pasividades del legislativo deben haberse *mantenido por un lapso de tiempo irrazonablemente extenso*, naturalmente se conecta con el parámetro cronológico, que debe resultar dilatado sin justificación.

No cualquier retraso de parte de aquel en dictar el dispositivo legal o en corregir el sancionado de modo insuficiente provocará la existencia de la anticonstitucionalidad omisiva total o parcial, respectivamente.

Como una actitud de prudente deferencia hacia el legislador, en resguardo de su autoridad democrática y libertad configurativa, el *statu quo* debe haberse prolongado por más de un “plazo adecuado”, como sostuvo el *BVerfG* en la conocidísima Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero, respecto de la normativa que el Parlamento debía emanar para cumplir con el art. 6.5 de la *GG* acerca de la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, que suponía la obligación de aquel de adaptar las disposiciones preconstitucionales a los nuevos requerimientos y postulados de la citada *GG* (de 1949). El *BVerfG* declaró la omisión inconstitucional y ordenó al legislador que procediera a sancionar la norma respectiva en el curso de la legislatura de tal año (1969). Más adelante regresaremos a este señero pronunciamiento.

En línea convergente, el Tribunal Constitucional de España también ha requerido el acaecimiento de tal período temporal “razonable”, encadenado a otros requerimientos, para declarar la inconstitucionalidad por omisión. En ese sentido, puede verse la Sentencia N° 31/1994, de 31 de enero de 1994 (Sala 2ª), referida a la regulación de la televisión por cable.

147 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 339.

Allí dejó precisado que: “Lo que no puede el legislador *es diferir ‘sine die’, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora*, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E. [Constitución española], *pues la ausencia de regulación legal comporta*, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, *no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación* que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la ‘publicatio’ de la actividad de difusión televisiva permite, en modo alguno, eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990 y 189/1991) *ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ‘ex Constitutione’, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio*, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E.” (F.J. 7).

En definitiva, “plazo prudencial”, “plazo razonable” u otra expresión equivalente denotan con claridad que se exige que la situación omisiva inconstitucional, para ser así declarada, debe haberse mantenido injustificadamente por un espacio temporal cuantitativamente importante, análisis que dependerá de las características del asunto en cuestión y, en su caso, del tenor del derecho que haya sido obturado.

c) Por último, la porción del concepto que exige el desencadenamiento de *una situación jurídica contraria a la Constitución*, no merece mayores disquisiciones.

No es ni más ni menos que poner en claro que otro de los elementos que deben concurrir para la declaración de la inconstitucionalidad omisiva es que justamente *exista una violación objetiva de la Constitución*.

Si no provoca infracción a la Ley fundamental, podrá ser omisión legislativa, pero *no será omisión legislativa inconstitucional susceptible de fiscalización por el mecanismo que aquí estudiamos*.

B) El segundo tramo de la delineación conceptual alude a que por vía de principio la inconstitucionalidad por omisión involucra exclusivamente al *legislador*, y sólo de manera excepcional podría envolver también al Poder Ejecutivo cuando no dicta la reglamentación pertinente para poner en funcionamiento el dispositivo legal y, de ese modo, termina obliterando indirectamente la eficacia de la disposición constitucional.

C) Por fin, el segmento del intento propositivo relativo a *la existencia de un mandato expreso de desarrollo o de corrección de desarrollo insuficiente de la disposición constitucional*, supone la convergencia de una orden o un encargo al legislador para que dicte la normativa ausente o, en caso de haber emanado alguna que hubiese resultado deficiente, para que la subsane. Ello permitiría, en cualquiera de los dos supuestos, la correcta *concretización* de la disposición en cuestión.

Este asunto exhibe un punto de toque con lo sostenido por GOMES CANOTILHO cuando explica que puede hablarse de inconstitucionalidad por omisión, de un modo general, *cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en “exequibles”¹⁴⁸ por sí mismas, reenviando al legislador la tarea de darles “exequibilidad” práctica¹⁴⁹.*

El tema exige una necesaria puntualización, planteada por PIOVESAN. Esta autora afirma que *si todas las normas de la Constitución tuviesen aplicabilidad inmediata e integral, no habría espacio para la omisión inconstitucional*. De ello extrae que el campo de incidencia de la inconstitucionalidad por omisión se atiene, así, a las *normas de eficacia limitada*, puesto que la omisión inconstitucional frustra la producción amplia de sus efectos. Cierra su enfoque aseverando que el control sobre la inconstitucionalidad por omisión permite repensar la eficacia de las normas constitucionales cuando alude a una *valorización de la fuerza normativa de la Constitución*, ya que muchas de las normas constitucionales pasan a revestirse de los medios de acción esenciales para su ejercicio¹⁵⁰.

No es difícil intuir que la cuestión reconduce a la discutidísima diferenciación entre disposiciones operativas y programáticas, sobre la que volveremos después.

Por ahora, y *mutatis mutandis*, parece posible y útil trazar una línea de contacto entre lo anteriormente señalado (por GOMES CANOTILHO y PIOVESAN) y un fallo de la

148 Según el ya citado *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., la palabra “exequible” significa: “Que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto” (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

Traemos a colación el alcance semántico del vocablo no solamente para justificar la traducción del portugués al español que efectuaríamos en el texto, sino porque será también utilizado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, sobre todo, al recorrer el derecho y la jurisprudencia colombianos, ámbitos en los que la palabra en cuestión está profundamente arraigada y usualmente se emplea por la doctrina y la Corte Constitucional, órgano máximo de la justicia constitucional de aquel país.

149 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito a emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas”, en *As garantias do cidadão na justiça*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 354-355.

150 PIOVESAN, Flavia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed. revista, atualiz. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 186.

CSJN argentina recaído *in re* “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”¹⁵¹, de 24 de abril de 2012.

En relación con derechos fundamentales como los que estaban en juego en el caso (por ejemplo, el de acceso a la vivienda digna), el Tribunal manifestó que los mismos consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con las siguientes características: **i)** no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad* (consid. 10 de la mayoría); **ii)** esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo* (*Ibid.*, consid. 11); y **iii)** están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (*Ibid.*, consid. 12).

En torno a la nombrada *operatividad de carácter derivado*, agregó que ésta significa que, en principio, *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias y los salarios, además de los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad, la que en definitiva soporta la carga (*Ibid.*, consid. 11)¹⁵².

El estándar que la CSJN elaboró instrumenta un *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado*, dejando en claro que la

151 *Fallos*, 335:452.

Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

152 En similar sentido se expidió la CSJN en ‘A.294.XLVII y otros - Recursos de hecho’, particularmente “A. R., E. M. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, de 11 de diciembre de 2012.

Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda; mientras que por su voto lo hizo el juez Petracchi.

Se ordenó a la demandada que garantizara el derecho a la vivienda respecto de varias personas en “situación de calle”, al estimar que las cuestiones planteadas resultaban sustancialmente análogas a las consideradas y decididas en “Q. C., S. Y.”.

En concreto, dispuso que aun en forma no definitiva, la accionada debía proporcionar alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

A su tiempo, en ‘A.662.XLVII y otros - Recursos de hecho’, concretamente “A. P., L. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Amparo”, de 11 de diciembre de 2012, el Tribunal juzgó que las cuestiones suscitadas en las actuaciones en las que se promovían los recursos extraordinarios, cuya denegación motivara las quejas, no guardaban sustancial analogía con las examinadas en “Q. C., S. Y.”, resultando inadmisibles en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.).

En esta causa votaron de modo coincidente los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

razonabilidad significa entonces que, “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*” (*Ibid.*, consid. 12, penúltimo párrafo).

De su lado, consideró “evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que *ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere*. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (consid. 13, *in fine*).

En suma, abandonando el fallo reseñado y para culminar este tramo del trabajo, nuestra percepción nos lleva a sostener que el tema de la *efectividad* de las disposiciones constitucionales es una de las preocupaciones acuciantes de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, desde que la *ineficacia jurídica* no es sino un disvalor, que corroe los cimientos de la Ley fundamental y la deslegitima.

TÍTULO CUARTO

**INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN (II):
TIPOLOGÍAS DE OMISIONES
INCONSTITUCIONALES Y
OTROS RASGOS SALIENTES DE
LA FIGURA**

CAPÍTULO

I

**APORTES TAXONÓMICOS
Y CIERTAS PAUTAS PARA
DETECTAR LAS PRETERICIONES
INCONSTITUCIONALES**

I. El recorrido propuesto

Como puede intuirse del título del capítulo que iniciamos, en este segmento de la investigación nos dedicaremos, en primer lugar y con algún grado de detalle, a las *variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales* y a ciertas cuestiones conexas.

En tal recorrido nos detendremos, principalmente, en diversos aspectos de las *omisiones absolutas o totales y relativas o parciales* y en un instrumento particular para corregir esta última modalidad de pretericiones: las sentencias “aditivas puras o clásicas”.

Luego discurriremos sobre ciertos puntos conflictivos, por ejemplo, el de si las omisiones inconstitucionales son *lagunas del derecho*, como algunos autores sostienen.

Pasaremos, así, a tratar brevemente determinados *criterios o pautas para detectar las omisiones inconstitucionales*, ya que no cualquier omisión, no hacer, no actuar o silencio, son susceptibles de ser catalogados como pretericiones inconstitucionales pasibles de ser subsanadas jurisdiccionalmente.

Cerraremos el capítulo dedicando algunas líneas a un tema que, salvo por ejemplo, en Alemania, Austria y en menor medida Portugal y Hungría, en general no ha sido exhaustivamente explorado: el de la reparación de los casos de *prognosis errónea del legislador* y la temática de su *deber de adecuación legislativa*.

II. Modalidades tipológicas de omisiones inconstitucionales

1. Una sumaria aclaración metodológica

Conviene formular aquí y ahora una breve advertencia metodológica preliminar. Es que, sin perjuicio de que el foco central de nuestro análisis partirá de algunas enseñanzas básicas de la escisión tipológica que ensaya WESSEL (exjuez del Tribunal Constitucional Federal alemán), diferenciando entre *omisiones absolutas* y *omisiones relativas*¹⁵³, estimamos importante presentar previamente, aunque sólo de modo

153 WESSEL, FRANZ, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 6, 1952, p. 164.

La distinción wesseliana fue exhaustivamente estudiada por MORTATI, Costantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Problemi di Diritto*

esquemático, un panorama de las diversas modalidades fisonómicas que pueden exhibir las omisiones contrarias a la Constitución.

El camino por recorrer será, entonces, el siguiente: en primer término, nos acercaremos a distintas categorías taxonómicas que, acerca de las omisiones, ensaya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, además de repasar algunos apuntamientos teóricos que en torno a la cuestión ha plasmado en fallos recientes el Tribunal Constitucional del Perú; en segundo lugar, abordaremos diversas aristas que ofrece la clásica división *wesseliana* de omisiones absolutas y relativas; y, en tercer orden, nos aproximaremos a *las implicancias del deber de corrección de normas en los supuestos de prognosis desacertada del legislador o incumplimiento de su deber de adaptación de las leyes desactualizadas o desfasadas*.

2. Diversas categorías taxonómicas y el interés práctico en determinarlas

A) Para comenzar el plan propuesto, seguiremos primeramente el planteamiento que al respecto formula FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁵⁴, quien anticipa que la cuestión no es baladí ni de interés simplemente teórico o dogmático sino que posee una gran trascendencia en el nivel práctico ya que, por citar algún ejemplo, la difícil fiscalización del instituto es mucho más factible con relación a algunas clases que a otras¹⁵⁵.

Así, aquel se preocupa inicialmente de la *omisión formal* y la *omisión material*: la primera supone que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva acerca de un encargo que ha recibido, el cual por definición precisa regulación de desarrollo; en la segunda, por su parte, la inactividad vulnera el principio de igualdad al olvidar a quien debería ser equiparado a los grupos efectivamente regulados en la normativa existente. Como es natural, media una vinculación entre la categoría de omisiones a la que nos referimos y la de omisión absoluta y omisión relativa que estudiaremos *infra*, pues las omisiones absolutas son siempre, en la construcción teórica, de índole formal; mientras que en las parciales no sucede lo mismo, por lo que es necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son omisiones de carácter material, y las que desarrollan de modo incompleto un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.

Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 926 y ss.

154 Las referencias que haremos en este punto de nuestro texto se tomarán de algunas de las puntualizaciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 113-121.

155 *Ibid.*, p. 113.

Seguidamente, hace alusión a la *omisión que afecta a derechos fundamentales* y la *omisión que no les afecta* (tema del que nos ocuparemos *infra*), indicando que la trascendencia de la primera de ellas es necesariamente mayor por el peso específico que tales derechos tienen en el concepto de Constitución impuesto hoy en la doctrina, esto es, Constitución que posee un contenido axiológico determinado, además de que los derechos fundamentales en la actualidad ostentan un papel determinante pues se muestran como base funcional de la democracia.

Añade el autor citado que, pese a que el articulado constitucional que recoge los derechos fundamentales sea inmediatamente exigible, puede producirse omisión inconstitucional por no llevar a cabo las medidas necesarias complementarias (legislación de desarrollo en el nivel sustantivo y, sobre todo, en el adjetivo) para su efectividad plena. Asimismo, señala que la distinción de las omisiones a la que nos referimos se basa en la discriminación o diferenciación dentro de las previsiones constitucionales, todas ellas normas jurídicas pero de distinto talante y peso político-jurídico.

Por último, y bajo el epígrafe de “influencias extrajurídicas”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ diferencia entre *omisión ‘evitable’* y *omisión ‘inevitable’*: en la primera, la eficacia de la norma legal queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias y otras actuaciones paralelas que podían haberse llevado a cabo en el contexto socioeconómico donde se produce; en la segunda categoría, se indican situaciones en las que los factores extrajurídicos sobre los que descansa la efectividad del derecho sumen al legislador en la tesitura de no poder desarrollar los preceptos constitucionales, por ejemplo, ciertos derechos sociales que entrarían en este supuesto dadas las exigencias monetarias y organizativas que pueden suponer, quizás excesivas e inviables en épocas cuando el ciclo económico no discorra por una de sus zonas altas.

B) Como anunciábamos, en algunos desarrollos recientes el Tribunal Constitucional peruano ha buceado en ciertos pliegues taxonómicos de las pretericiones anticonstitucionales, no sin servirse referencialmente de aportes doctrinarios. Dos fallos, que profundizaremos más adelante, marcan el pulso de su tendencia en ese sentido. Ellos son: el recaído en Expediente 006-2008-PI/TC (conocido como el “Caso de la hoja de coca”), de 11 de junio de 2008 y el pronunciado en Expediente 05427-2009-PC/TC, causa “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva —AIDSESP—”, de 30 de junio de 2010.

La primera de las decisiones es la que mayor materia prima aporta al tópico en examen. En ella el Tribunal discierne entre *omisiones absolutas u omisiones del legislador* y *omisiones relativas u omisiones de la ley*. Las primeras se refieren a los *silencios totales del legislador* sobre determinadas materias cuyos tratamiento legislativo o regulación

vienen exigidos desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede devenir necesaria para la eficacia de la Norma fundamental; mientras que las segundas se relacionan con *el silencio de la ley* en extremo que no haya sido normado causando perjuicio a la tutela de los derechos, y cuyo parámetro de control es por excelencia el principio constitucional de igualdad.

Asimismo diferencia entre *omisiones constitucionalmente explícitas*, que son las que contravienen un mandato constitucional expreso de legislar; y los *supuestos en que la constatación de la omisión solamente se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa*. El Tribunal designa a esta última categoría de pretericiones como de “configuración jurisprudencial” y ellas se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efectos *erga omnes*.

Por su parte, en “AIDSESEP” distingue lo que denomina *omisión normativa inconstitucional directa*, que es la que se genera cuando el legislador no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; de lo que llama *omisión normativa inconstitucional indirecta*, que es la que se origina como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo estipulado por la Constitución.

3. La delineación tipológica wesseliana como punto de partida. Desarrollos ulteriores

A) Caracterización

Formulada la presentación del abanico de modalidades tipológicas que podría configurarse, vemos que la cuestión del alcance del potencial control respecto de las omisiones inconstitucionales nos conduce a la ya clásica tipología de WESSEL, quien distingue entre *omisiones absolutas y relativas* (también pueden designarse, respectivamente, como *totales y parciales*), categorías que utilizaremos como materia prima para ensayar una aproximación conceptual a su respecto aun abandonando la construcción primigenia que elaborara aquel autor alemán, en atención a las potencialidades funcionales que ellas brindan.

Es que, como se ha precisado, la distinción wesseliana se refirió estrictamente a la violación de derechos fundamentales por parte del Poder Público¹⁵⁶. Mientras que

156 *Ibid.*, p. 114.

la *omisión absoluta* es negada por principio en la percepción de WESSEL, trayendo aparejada la inadmisión de una demanda constitucional que se sustente en tal tenor de inactividad (se 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 a un derecho fundamental de parte del legislador, por lo que procedería interponer una demanda constitucional aunque ésta se fundaría en un actuar positivo del legislador contrario al principio de igualdad, que es a lo que se reconduce en último término según su opinión¹⁵⁷.

Efectuadas tales advertencias, pasemos a la categorización ofrecida por WESSEL que emplearemos como soporte inicial orientativo para intentar un acercamiento conceptual y descriptivo de ambas categorías.

B) Omisiones absolutas o totales

a) En las *absolutas* hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente.

Como adelantábamos, para el propio WESSEL la *omisión absoluta* genera la imposibilidad de cualquier intervención represiva. Por tanto, y si bien es cierto que en la doctrina es cuestión discutida (y, muchas veces negada) la procedencia de la actividad de la magistratura constitucional u ordinaria (según el modelo de control de constitucionalidad que corresponda) para corregir esa modalidad omisiva, no nos parece adecuado vedar universalmente y *a priori* cualquier conducta del tribunal constitucional o del poder judicial en tal sentido.

b) Obviamente, *no cualquier omisión hará viable el control constitucional a su respecto*, ya que no actuar es una opción que tiene el legislador en el marco de sus atribuciones políticas, siempre que no exista un mandato constitucional expreso y concreto de hacerlo.

En esa dirección, GOMES CANOTILHO ha puntualizado: “Um entendimento naturalístico-formal de omissão —a omissão como simples não actuar— não pode aceitar-se: não possibilita a definição de uma omissão legislativa constitucionalmente relevante, dado que esta só pode entender-se como não cumprimento de imposições constitucionais concretas”¹⁵⁸. En definitiva, lo que el autor portugués plantea es que la configuración de una *omisión legislativa constitucionalmente relevante* sólo puede darse a partir del *incumplimiento del legislador a imposiciones constitucionales concretas*.

157 *Ibid.*, pp. 114-115.

158 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Edit., Coimbra, 1982, p. 334.

Un punto básico de acuerdo hacia la apertura de la fiscalización de una omisión absoluta podría lograrse tomando como hipótesis la circunstancia de que tal inactuación viola frontalmente un derecho fundamental consagrado en la Carta magna, lo que empujaría al órgano de justicia constitucional a adoptar *alguna* solución para asegurar la cobertura del núcleo inderogable de aquellos.

Casos de omisiones absolutas inconstitucionales pueden ser, por ejemplo —en la visión de DÍAZ REVORIO¹⁵⁹ y ceñidos al ordenamiento jurídico español—, los siguientes: la ausencia de regulación legal de la objeción de conciencia hasta 1984, que en la práctica impidió el ejercicio de ese derecho hasta que el Tribunal Constitucional entendió correctamente los efectos de la omisión suscitada (cfr. la STC N° 15/1982); y la ausencia de regulación de la televisión privada, que el Tribunal resolviera de manera diversa en los también distintos supuestos: STC N° 12/1982 (televisión privada de ámbito nacional); STC N° 31/1994 (televisión local por cable); y STC N° 88/1995 (televisión local por ondas).

Tal vez a esa enumeración referencial podríamos por nuestra parte añadir —*mutatis mutandis*— la situación de latencia en que estuvo sumido el derecho de rectificación o respuesta en Argentina¹⁶⁰ (donde también se lo conoce como derecho de réplica), hasta la paradigmática sentencia de la CSJN recaída en el caso “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”¹⁶¹, de 7 de julio de 1992, en la que acordó operatividad a tal derecho alojado en el art. 14¹⁶² de la CADH y que en realidad antes de tal fallo no habría sido irrazonable derivarlo hermenéuticamente del art. 33¹⁶³ de la C.N.

c) De su lado y coherente con la línea conceptual que mantiene sobre la inconstitucionalidad por preterición, VILLAVERDE MENÉNDEZ considera que las omisiones inconstitucionales *absolutas* serían *silencios del legislador*, mientras que las *relativas* serían *silencios de la ley*¹⁶⁴.

Por nuestra parte, una lectura de tal visión taxonómica nos lleva a concluir que, en el fondo, ambos serían *silencios del legislador*. En las *omisiones absolutas*, su silencio

159 DÍAZ REVORIO, Francisco J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 173 y nota 24 a pie de página.

160 Incluso hasta el presente, no se ha dictado en el ámbito nacional ley reglamentaria alguna de dicho derecho.

161 *Fallos*, 315:1492.

162 Particularmente el art. 14.1 de la CADH dispone: “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”.

163 Cláusula que prescribe: “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”.

164 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 41 y ss.

sería más nítido ya que le es imputable de manera *inmediata o directa*, mientras que en las *relativas*, y en tanto no es sino el legislador el autor de la ley insuficiente o deficiente que desencadena una situación disfuncional y/o discriminatoria de relieve constitucional, su silencio sería *mediato*.

d) Antes de pasar a la siguiente categoría, aunque sea a título informativo, debe acotarse que TROCKER planteó la existencia de una subdivisión al interior de las omisiones absolutas. En efecto, las escindía en “*puras*” e “*impuras o impropias*”. Las primeras se configuraban si no había mediado una positividad anterior de la materia en cuestión; y las segundas, si tal regulación jurídica previa alguna vez existió, incluso de manera total o parcialmente disímil de lo establecido en las directivas constitucionales¹⁶⁵.

En realidad, tal aporte no generó gran seguimiento doctrinario, fundamentalmente por su escaso valor práctico, salvo en PICARDI¹⁶⁶, quien lo consideraba significativo en orden a lograr la *integración de la laguna* que, a su juicio, *provocaba la omisión inconstitucional*.

Retomaremos la cuestión de si en realidad una omisión inconstitucional es o no una laguna del derecho.

C) Omisiones relativas o parciales. Sumario acercamiento a las sentencias “aditivas puras o clásicas”

a) En las pretericiones 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, el órgano legislativo encargado de efectivizarlo quiebre —en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario— el principio de igualdad, o —tal como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— cuando se produzca una regulación *deficiente* a causa de la falta de “complitud” de la normativa¹⁶⁷.

En torno de tal actividad *deficiente* que abriría la posibilidad de configurar una *omisión relativa*, MIRANDA explica que compete al órgano de control pronunciarse sobre la *adecuación* de la norma legal a la norma constitucional, tomando el vocablo

165 TROCKER, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. Studio comparativo sul diritto tedesco”, *Archivio giuridico ‘Filippo Serafini’*, Vol. 178, fasc. 1-2, 1970, pp. 88 y ss.

166 PICARDI, Nicola, op. cit., “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, pp. 597 y ss.

167 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 116.

adecuación en el sentido de *suficiencia* y no en el de *satisfacción ante cualquier juicio de mérito*, el que le está vedado emitir al órgano de control¹⁶⁸.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán fue gestándose paulatinamente una jurisprudencia que asociaba las omisiones relativas o parciales a la denominada “exclusión arbitraria de beneficio” inconstitucional (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), violatoria del principio de igualdad y, en definitiva, discriminatoria al retacear injustificadamente a un grupo derechos concedidos a otro¹⁶⁹.

b) Si bien es cierto que prácticamente de manera automática (y hasta intuitiva) suele identificarse la omisión anticonstitucional relativa o parcial con la violación al principio de igualdad, no cabe predicar que tal modalidad omisiva opere exclusivamente ante una hipótesis de ese tenor.

Es que, con ser la más típica o asidua, no es la única causal idónea para movilizar la actividad fiscalizadora a su respecto¹⁷⁰. En esa lógica, la violación de la Constitución por omisión relativa o parcial puede producirse por carencias o imperfecciones de la disposición en relación con exigencias derivadas de otros preceptos constitucionales¹⁷¹, o por una incompleta regulación de un instituto que origine la ineficacia de la norma constitucional¹⁷².

DÍAZ REVORIO ejemplifica tal hipótesis recurriendo a la jurisprudencia italiana, donde según afirma se trata de un supuesto relativamente frecuente, configurado por ejemplo en las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional: N° 27, de 31 de marzo de 1958, en torno al art. 17 de la Constitución (derecho de reunión); N° 40, de 24 de junio de 1958, acerca del art. 113, párrafo 2°, *Ibid.*, en cuanto a que la tutela jurisdiccional de la Administración Pública no puede limitarse a medios especiales

168 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 521.

169 Las primeras pinceladas de tal criterio jurisprudencial pueden verse reflejadas por ejemplo en las sentencias del *BVerfG* de 20 de febrero de 1957 y de 11 de junio de 1958.

170 En tren de ejemplificar la amplia casuística de las omisiones relativas, HERNÁNDEZ VALLE menciona que éstas también pueden producirse cuando el legislador, al prohibir una determinada actividad que había sido válida hasta ese momento, olvida introducir disposiciones transitorias que reglamenten o respeten los derechos adquiridos de quienes la habían ejercido anteriormente (HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Las omisiones legislativas y los derechos prestaciones”, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año I, N° 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003, p. 181).

171 Al respecto, cfr. por ejemplo, DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 174.

172 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 116, quien al requisito de la ineficacia de la norma constitucional adiciona “el consiguiente fraude al Texto Básico” (ídem).

de impugnación o a determinadas categorías de actos; N° 26, de 23 de mayo de 1961, en relación genérica con los principios del ordenamiento jurídico y los derechos de los ciudadanos; N° 168, de 12 de diciembre de 1963, en punto a la autonomía del Consejo Superior de la Magistratura; N° 497, de 21 de abril de 1988, sobre el artículo 38 constitucional (derecho de los trabajadores a los medios necesarios adecuados a sus necesidades vitales en caso de incapacidad u otras contingencias)¹⁷³, etcétera.

c) En tal supuesto (omisión relativa), como la norma en cuestión presenta un contenido normativo menor al exigible constitucionalmente¹⁷⁴, el control judicial de constitucionalidad —estimulado por la pretermisión en detrimento 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 relativa hará viable el control*. Sólo será pasible de éste aquella cuyos efectos y textura sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional. Una de las posibilidades que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la “complementación” de la norma “despareja”, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer, v. gr., la “igualdad” quebrada y procurar, de ese modo, satisfacer la pretensión de los perjudicados. En el caso, y dentro del abanico de opciones sentenciales con que cuenta, podría prevalerse del recurso a las *sentencias ‘aditivas’ clásicas o puras* (cuestión sobre la que retornaremos).

Ilustrativamente, remitimos a GUASTINI, quien delinea el modo como tales sentencias operan en el ámbito de la Corte Constitucional italiana, desarrollo expositivo que reproducimos por la gráfica manera de explicar su funcionamiento. Así, expone 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”¹⁷⁵. 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, en

173 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 174, nota 28.

174 Cfr. 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’), en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), ‘Tribunales y justicia constitucional’, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ de la UNAM, México, D.F., 2002, p. 185.

175 GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Estudios de Teoría Constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, N° 8, Fontamara, trad. de José María Lujambio, México, D.F., 2003, pp. 172-173.

consecuencia el Tribunal declara que ella es constitucionalmente ilegítima “*en la parte en la que no confiere*” el mismo derecho a los sujetos “S2”¹⁷⁶.

d) Daremos paso ahora a un intento de cierre sintetizador de las pautas salientes desarrolladas aquí, particularmente en relación con las omisiones inconstitucionales relativas o parciales y su posible corrección a través de diversos métodos sentenciales, por ejemplo, *los pronunciamientos aditivos o con efectos aditivos*.

Para abastecer tal propósito condensador, seguiremos en éste y los dos párrafos posteriores a GASCÓN ABELLÁN¹⁷⁷, quien menciona que las sentencias aditivas (añadimos por nuestra parte que se refiere a la tipología “pura o clásica” de ellas, cuestión sobre la que volveremos más adelante) suponen el reconocimiento de la “inconstitucionalidad por omisión” y censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice, es decir, “en la medida en que no prevé” algo, lo que implica que declara inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho, por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos.

Así, y para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, la regulación que falta, por lo que podría definirse una sentencia aditiva —siempre en la visión de la autora individualizada en el párrafo anterior— como aquella que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional.

Con esa actuación suele buscarse garantizar *el principio de igualdad* presuntamente vulnerado por una interpretación “no expansiva”, sino estricta, del precepto. En estos casos, el juez constitucional podría elegir entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La última opción (sentencia aditiva) vendría explicada porque la simple anulación total del precepto puede originar perjuicios inmediatos para todos aquellos a quienes éste otorgaba derechos.

176 Ídem.

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” una nueva norma al ordenamiento: la que confiere el mismo derecho subjetivo a los sujetos “S2”; y **b)** 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” (*Ibid.*, p. 173).

177 GASCÓN ABELLÁN, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2002, p. 318.

4. Un par de cuestiones conflictivas conectadas a la problemática de las omisiones inconstitucionales

A) *¿La omisión legislativa es una laguna del derecho?*

Dejamos asentada nuestra opinión contraria a quienes entienden a la omisión legislativa como laguna.

LARENZ ha visualizado a la laguna legal como “una incompletez contraria al plan de la ley”¹⁷⁸. A partir de esa conceptualización, CASAL entiende que aquella se trata de la ausencia de una regulación legal acerca de un asunto que, de conformidad con el plan de la ley objetivamente considerado, debió haber sido resuelto por ésta, pero que a falta de esa solución legal expresa y específica, el juez *acude a la analogía o a los principios generales del derecho para integrar la laguna, o sea que recurre a los métodos jurídicos de integración*. Mientras que *ello no sucede respecto de la omisión legislativa*. Señala que ésta es un no hacer del legislador que, de acuerdo con las circunstancias, “puede merecer el reproche de la inconstitucionalidad, pero no necesariamente implica ni genera una laguna”¹⁷⁹.

Por lo demás, básicamente en el supuesto de la omisión legislativa concurre un mandato constitucional expreso dirigido al legislador, imposición que no existe en el caso de una laguna.

Además, y en cierto punto convergente con lo que acabamos de afirmar, MORTATI apunta que, en general, *la omisión supone el incumplimiento de una obligación de hacer*, mientras que no podría razonablemente aceptarse que el legislador estuviese obligado a regular todos aquellos supuestos que pudieran ser objeto de una normación, en ausencia de la cual *se produciría la laguna*¹⁸⁰.

El mismo autor añade que el fallo con el que se trata de *colmar la laguna cumple la función de dar completitud al ordenamiento jurídico*, mientras que el que declara la inconstitucionalidad de una omisión *puede ser a su vez fuente de otras lagunas*¹⁸¹.

Por su parte, las lagunas son situaciones constitucionalmente relevantes *no previstas*; mientras que las omisiones legislativas se relacionan con *situaciones previstas constitucionalmente*¹⁸².

178 LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 366.

179 CASAL, Jesús M., *Constitución y Justicia Constitucional*, 2ª ed. ampl., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 212-213.

180 MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 927, nota 4.

181 Ídem.

182 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 270.

Las lagunas son producto de la *imprevisión* del legislador; las omisiones legislativas lo son de la *inactividad o inercia del legislador*.

Por último, y a diferencia de lo que acontece con las lagunas, las omisiones son —en principio— *fruto del incumplimiento de una obligación*.

B) La corrección de una normativa que viola el principio de igualdad asentada en un supuesto de omisión relativa, ¿es una hipótesis de control de constitucionalidad por acción o por omisión?

Dedicaremos unas líneas a tratar el razonamiento que lleva a algunos a proponer que el control de constitucionalidad ejercido sobre una norma que vulnera el principio de igualdad ante una supuesta omisión inconstitucional relativa o parcial, no sería tal sino una *hipótesis de fiscalización por acción*, al devenir discriminatoria la disposición en cuestión.

En primer lugar, debe indicarse que la diferencia radica en que no se descalifica la norma en cuanto a los supuestos que cubre, mismos que pueden resultar legítimos, válidos y adecuados a la Ley fundamental, sino que el objeto del control es precisamente la *omisión* en que cae el legislador al excluir a aquellos que sí debería haber incorporado en la previsión normativa.

No se desacredita el precepto por lo que dispone positivamente, sino por lo que omite prever; tampoco se controla una suerte de “norma implícita” surgida del silencio del legislador, sino específica y directamente se *ataca* la pretermisión de éste que contradice la Ley fundamental.

Por lo demás, sería injusto desautorizar la norma por lo que prescribe y declarar su inconstitucionalidad inaplicando la solución normativa al grupo incluido, pues la previsión respecto de éste puede ser legítima. Inversamente, se trata en concreto de mantener tal disposición legal *positiva* y, censurando la *omisión en que incurrió el legislador al diseñar la disposición en cuestión*, hacerla extensiva al grupo preterido para salvar la anunciada relegación.

En ese sentido, al ejercer la fiscalización constitucional, la magistratura sale al rescate de la igualdad quebrada, procura extender la previsión a otros supuestos o beneficiarios y cubre, así, la preterición inconstitucional relativa incurrida, de la que puede predicarse que en puridad es la contrapartida de un desenvolvimiento legislativo insuficiente o insatisfactorio.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, existirán supuestos en los que la línea divisoria para determinar si en el particular converge una hipótesis de inconstitucionalidad por

acción o una por omisión, es difusa o poco nítida dificultando la tarea del intérprete que debe pronunciarse por una u otra modalidad de anticonstitucionalidad.

Al respecto, GOMES CANOTILHO describe un cartabón inicial y orientativo para discernir cuándo la inconstitucionalidad del legislador es *por acción* y cuándo *por omisión* en los supuestos en que por medio de los actos legislativos *concretizadores* de las imposiciones legisferantes, favorecen a ciertos grupos o situaciones, olvidando a otros grupos y otras situaciones que cumplen los mismos presupuestos de hecho¹⁸³.

Sobre el punto, sostiene que si la *concretización incompleta* de la imposición legisferante responde a una intención deliberada del legislador para conceder ventajas únicamente a determinados grupos o contemplar sólo ciertas situaciones, con lo que termina violando el principio de igualdad, cometerá una *inconstitucionalidad por acción*. Pero, si aquella *concretización incompleta* deriva de una defectuosa apreciación de las situaciones de hecho, pero sin que exista el propósito de favorecer arbitraria y unilateralmente de manera exclusiva a ciertos grupos o situaciones, incurrirá en *inconstitucionalidad por omisión*¹⁸⁴.

La dificultad que observamos en el planteo del autor portugués es que no siempre resultará sencillo al intérprete (más bien parece que le será bastante complejo) descifrar cuándo el legislador actuó intencionalmente y cuándo no, en orden a detectar si la inconstitucionalidad es por acción o por omisión. La *mens legislatoris* es a veces insondable.

Diferente situación se daría si en el enunciado de la norma existiera una exclusión expresa dirigida a un determinado grupo de personas, hipótesis en la cual ya no podría hablarse de inconstitucionalidad por omisión sino, en su caso y siempre que tal disposición excluyente fuera —v. gr.— discriminatoria o irrazonable, de inconstitucionalidad por acción.

III. Diversos ingredientes involucrados en los casos de control de las omisiones inconstitucionales y pautas para detectarlas

Para no caer en superfluas generalizaciones que restarían vigor a la tesis del control sobre las pretericiones inconstitucionales, es preciso contextualizar el problema en sus

183 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, pp. 1091-1092.

184 *Ibid.*, p. 1091.

justos cauces e identificar los distintos aspectos de la cuestión a la que se enfrenta el juez competente al momento de decidirse a prevenir o reprimir la inconstitucionalidad por omisión.

En ese sentido, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta el órgano de justicia constitucional para detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y seleccionar los remedios idóneos para superarlas.

Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor a fin de sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento, pues sea por acción o por omisión, aquellas siguen siendo un instrumento que debe ponderarse cuidadosamente.

Como puede suponerse, la actividad jurisdiccional que lleve a definir si concurren o no los requerimientos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería renunciar a un balance serio y realista¹⁸⁵ de las diversas pautas en juego:

- Supremacía y normatividad de la Constitución.
- Deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.
- Connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho invocado o de la situación jurídica anticonstitucional que la preterición produciría.
- Lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la omisión absoluta o relativa de parte del órgano silente.
- Margen de acción del legislador o de la autoridad pública comprometida en el caso particular.
- Características del entramado jurídico-político del momento.
- Real marco de posibilidades con que cuenta la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible para subsanar la pretermisión.
- Y, entre otros puntos, la prefiguración de las consecuencias que podría aparejar su pronunciamiento.

185 La adjetivación “realista” a la que nos referimos apunta a la ubicuidad del juez, a su creatividad razonable, prudente y posible dentro del sistema jurídico donde se mueve.

El sentido que en el texto damos a la palabra “realista” es simple y pedestre. No contiene alusión alguna a doctrinas como la del “realismo americano”, cuyo análisis en cualquier caso no deja de ser interesante. Aprovechamos entonces para remitir, sobre este tema, por ejemplo, a PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “El realismo jurídico americano”, op. cit., *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, pp. 151-187. Podrán allí verse con provecho algunas pinceladas sobre el pensamiento, entre otros, de Karl LLEWELLYN y Jerome FRANK.

La interacción de dichos ingredientes en cada caso exigirá del órgano de justicia constitucional un ejercicio de reflexión crítica para articular una solución equilibrada.

En efecto, ésta no deberá dar paso a una temeraria invasión jurisdiccional en sectores de atribuciones propios de otros poderes del Estado, ni enervar la posibilidad de cumplir con su deber fiscalizador si el legislador con su indolencia radical o su accionar insuficiente e incompleto margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional.

Tales hipótesis pueden configurarse, como adelantáramos, cuando: *i*) hubiese omitido *in toto* cumplir las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley fundamental dentro del plazo fijado por ésta, o si no existiere el parámetro temporal, mantuviese su inactividad por un tiempo irrazonablemente prolongado que generara una situación lesiva y contraconstitucional; y *ii*) si emitió alguna norma de desarrollo constitucional, pero hubiera incurrido en *injustificada y discriminatoria exclusión* en detrimento de algunos respecto de aquello que concede a otros en similitud de situaciones o si hubiese *violado valores o principios constitucionales distintos de la igualdad, como por ejemplo el debido proceso*.

Naturalmente, la labor de la judicatura en semejantes menesteres deberá estar impregnada de una apropiada dosis de *razonabilidad* y la argumentación que se emplee para dar forma a la decisión habrá de cumplir cabalmente y entre otras con la exigencia de *racionalidad*.

Es oportuno subrayar que tales resguardos apuntan directamente a fortalecer la *legitimidad* de la propia magistratura constitucional.

IV. Casos de prognosis errónea del legislador y su “deber de adecuación”

En el recorrido por el abanico tipológico de omisiones inconstitucionales no podía estar ausente una categoría próxima a tal cuestión: la de la obligación del legislador consistente en subsanar los casos de *prognosis errónea*¹⁸⁶.

Se trata de aquellas disposiciones que, dictadas para hacer operativo un mandato constitucional concreto, han quedado desgastadas o desfasadas como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, deviniendo —total o parcialmente— anacrónicas y, por ende, disvaliosas.

186 STETTNER, Rupert, “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 23, 1982, pp. 1123 y ss.; aludido por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091, nota 49.

La doctrina alemana ha destacado la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en *mejorar* o *corregir* tales normas.

La preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial del precepto, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento del existente, como propone GOMES CANOTILHO¹⁸⁷, quien entiende que tal variedad de pretermisión inconstitucional quedaría también alcanzada por el radio de cobertura del art. 283 de la Constitución portuguesa, precepto que —como tendremos ocasión de explicar más adelante— consagra la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito luso.

Esta carencia o déficit de perfeccionamiento de las leyes asumirá particular importancia jurídico-constitucional, cuando de la falta de mejoras o correcciones resulten consecuencias gravosas para la efectivización de los derechos fundamentales¹⁸⁸.

En suma, para la jurisprudencia alemana existe un “deber general de adecuación” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) que opera como *fundamento del deber constitucional de legislar* y que se agudiza en caso de normativa de protección de los derechos fundamentales.

Con respecto al citado “deber general de adecuación”, conviene traer a colación la sentencia del *BVerfG* de 8 de agosto de 1978 acerca del reactor nuclear de Kalkar (“Kalkar Urteil”), calificada como paradigmática en la identificación del primero de los deberes nombrados. Aquí, el Tribunal reconoció que *ante los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen con relación al uso pacífico de la energía atómica*. En esa oportunidad expresó: “En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo ‘Schneller Brüter’ [...], *el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran*”. Una decisión afín pronunció el propio *BVerfG* en fecha 14 de enero de 1981, acerca de la polución sonora provocada por los aviones¹⁸⁹.

Se ha observado en tal jurisprudencia un ejemplo reconducible a lo que STERN identifica como mandatos para la mejora *a posteriori* y la corrección de leyes

187 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091.

188 Cfr. BADURA, Peter, “Die Verfassungsrechtliche Pflicht der gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen”, en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für K. Eichenberger*, p. 483 y STETTNER, Rupert, op. cit., “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, p. 1123; ambos autores aludidos por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, ídem nota anterior.

189 Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, pp. 55-56.

en los supuestos de prognosis errónea o de modificación de las circunstancias determinantes¹⁹⁰.

Para cerrar este capítulo, e intentando sintetizar al máximo el asunto, la situación inconstitucional se configuraría a partir del incumplimiento por el legislador de su deber de optimizar o corregir disposiciones que son el resultado de prognosis errónea o que quedaron desfasadas por las nuevas circunstancias¹⁹¹.

190 STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987, p. 225; aludido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en nota anterior, p. 56, nota 29 a pie de página.

191 TAVEIRA BERNARDES, apoyándose en GOMES CANOTILHO, alude a la omisión jurídicamente significativa derivada del incumplimiento de la tarea de “mejorar o corregir” los pronósticos normativos que se revelan incorrectos o desfasados por razón de circunstancias sobrevinientes; agregando que el deber de implementar la aplicabilidad de las normas constitucionales tiene carácter permanente, lo que sujeta la constitucionalidad de la medida normativa sancionada a una especie de cláusula *rebus sic stantibus* (TAVEIRA BERNARDES, Juliano, “Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro”, *Mundo Jurídico*, 28 de janeiro de 2005; fuente: www.mundojuridico.adv.br).

TÍTULO QUINTO

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (III): SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO

I

**RELACIÓN CON LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN GENERAL**

I. Introito

Comenzaremos con una digresión. En el marco federal argentino, propiciamos un control de constitucionalidad amplio, sin detracciones injustificadas; y el sistema constitucional, esencialmente a partir de la innovación constitucional de 1994, ofrece cada vez menos espacio para alojar intelectivamente las excepciones a aquel examen de constitucionalidad que permita constatar 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 varias veces citáramos, su “libertad de configuración”), 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 Ley fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya ilegítimamente a algunos de aquello que concede a otros en igualdad de circunstancias, dando paso a objetables discriminaciones omisivas.

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

En cualquier caso, no debería perderse de vista que, como afirmara SCHLAICH, *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*¹⁹².

II. Respecto a los derechos fundamentales en general

1. Contenido mínimo

La cuestión del control por inconstitucionalidad omisiva receipta un *plus* axiológico si involucra a “derechos fundamentales”¹⁹³, pues —como ha dicho MORTATI— la

192 SCHLAICH, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal alemán”, en FAVOREU, Louis (ed.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, p. 136.

193 Intercalamos una breve aclaración.

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 especificación de cómo cumplirlas, de tal manera 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 protegido¹⁹⁴.

Vemos allí suficiente y legítimo espacio para que la justicia constitucional actúe declarando que la preterición es anticonstitucional, en tanto *discrecionalidad* no es sinónimo de *arbitrariedad*, y dicha esfera decisional del órgano legislativo no debe entenderse como *plena indemnidad para actuar, no actuar, o para hacer de cualquier modo lo que la Carta magna le impone*.

2. Acercamiento conceptual, ubicuidad de los derechos fundamentales y un acercamiento a la *Drittwirkung*

A) Para dejar sentada una aproximación conceptual a los *derechos fundamentales*, nos apoyaremos en PÉREZ LUÑO, quien entiende que con tal noción se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada¹⁹⁵.

El nombrado autor complementa tal caracterización afirmando que ellos describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo, tratándose siempre de derechos delimitados espacial y temporalmente y cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamentador* del sistema jurídico-político del Estado¹⁹⁶.

En determinados escenarios jurídicos europeos (España, Alemania, etc.) y latinoamericanos (v. gr., Colombia), sí cobra sentido teórico y práctico escindir las categorías de “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, ya que aquella tipología trasunta frente a esta última las ideas de protección reforzada, alegabilidad directa ante los tribunales, posibilidad de ejercer a su respecto el “recurso de amparo” o la “acción de tutela”, según corresponda, o incluso los propios textos constitucionales contienen una especie de gradación jerárquica en cuya cúspide figuran los denominados “derechos fundamentales”.

En cambio, en contextos jurídicos como el argentino, donde un generoso bloque de instrumentos internacionales sobre la materia recepta jerarquía constitucional y la Constitución no ensaya una catalogación cualitativa diferencial de derechos, el interés en diferenciar entre “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, sin desaparecer, decae.

194 MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 992.

195 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Los derechos fundamentales*, Colección “Temas clave de la Constitución española”, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

196 *Ibid.*, p. 47.

Más allá de aquella sintética alusión, debemos reconocer que no es precisamente ésta la ocasión más propicia para abundar en teorizaciones que nos lleven a bucear en el significado de la expresión “derechos fundamentales”, profundizar en los alcances de la misma o dilucidar si en la percepción de la CSJN argentina sólo se trata de un constructo con contenido semántico equivalente al de la denominación “derechos humanos”.

Con todo, nos parece que una base de coincidencia mínima podría radicar en afirmar que cuando el Alto Tribunal se refiere a “derechos fundamentales” pretende dar la idea de “derechos básicos o esenciales” y, por tanto, dotados de notas de intensa textura axiológica e importante potencialidad operativa.

De su lado y en interesante alusión retrospectiva, ALEXY evoca que el Tribunal Constitucional Federal alemán sostuvo en la sentencia recaída en el caso “Lüth”¹⁹⁷ (1958), “que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, ‘para todos los

197 7 BVerfG 198, 1958.

El caso “Lüth” es un precedente muy importante en la historia institucional del BVerfG. Lo reseñaremos brevemente a continuación.

En su sentencia de 22 de noviembre de 1951 el Tribunal Estatal de Hamburgo había condenado al Sr. Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, bajo apercibimiento de pena de prisión o multa, a abstenerse de: *a*) solicitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no incluyeran dentro de su programación el film “*Unsterbliche Geliebte*” (de 1951, que no tenía un contenido antisemita), y *b*) incitar al público alemán a no ver esa película. Ésta era obra de Veit Harlan, realizador de varios films antisemitas durante el auge del nazismo. Es más, había sido el principal responsable de las películas de divulgación de las ideas nazis. Entre éstas, la más conocida fue “*El judío Süß*”, de 1941.

Contra aquel pronunciamiento, el Sr. Lüth interpuso recurso de amparo constitucional, que fue resuelto por la Sala Primera del BVerfG el 15 de enero de 1958. Ésta entendió que el Tribunal Estatal había desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuía al *derecho a la libertad de expresión*, también allí donde éste entraba en conflicto con los intereses privados de terceros, omitiendo los criterios basados en los derechos fundamentales. Violaba, así, el derecho fundamental del recurrente contemplado en el art. 5, párrafo 1º, frase 1, de la Ley fundamental.

En definitiva, anuló el fallo objetado que, según el BVerfG, había ignorado el efecto de irradiación de la libertad de expresión en la interpretación del concepto “contrario a las buenas costumbres” del art. 826 del Código Civil.

El caso presenta numerosas aristas de interés. Por ejemplo:

- La visibilización de la *dimensión objetiva y axiológica de los derechos fundamentales*, al afirmarse que la Ley fundamental había establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales “un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales”, añadiéndose que tal sistema de valores “debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental”.
- Que el sentido del instituto del amparo constitucional radicaba en que los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían ser examinados por el BVerfG a la luz de los derechos fundamentales.
- La *eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, o sea la *Drittwirkung* (ya citada en el texto).
- La importancia de la *ponderación* en caso de colisión de derechos o principios.

ámbitos del derecho'. Esto lleva a un 'efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)' de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos¹⁹⁸.

Así, los principios iusfundamentales valen para todos los ámbitos del derecho y, en esa línea, se instala la *ubicuidad de los derechos fundamentales* que les permite irradiarse hacia todo el sistema jurídico.

B) Utilizaremos la referencia al caso Lüth para efectuar una breve digresión que, en cualquier caso, está asociada a un tema muy significativo en el campo de los derechos fundamentales.

Los procesos constitucionales deben resultar útiles para abastecer exigencias de eficacia de la tutela de los derechos fundamentales tanto de modo *vertical*, es decir, entre los individuos y el Estado, como *horizontal*¹⁹⁹, al esparcirse hacia las relaciones *inter privados*; lo que —entendemos— implica responder afirmativamente al interrogante concreto acerca de si es la Constitución “el medio adecuado para expresar las normas que regulan las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de los derechos fundamentales”²⁰⁰ (*Drittwirkung*).

La nombrada problemática trae consigo no pocas ni insignificantes connotaciones, entre las que se cuenta, por citar sólo una, la tocante a si la eficacia horizontal es *directa* (*unmittelbare Drittwirkung*) o *indirecta* (*mittelbare Drittwirkung*), tesis esta última dominante en Alemania, que —como subraya FERRERES COMELLA— sólo admite tal efecto *indirecto* de esos derechos a través de la noción de “orden objetivo de valores”, lo que, a juicio del citado autor, complica innecesariamente las cosas, pues “si los derechos constitucionales han de tener impacto en las relaciones entre particulares, digamos, sencillamente, que vinculan a éstos”²⁰¹.

Para enmarcar el asunto y entender por qué la *Drittwirkung* irrumpe en la doctrina y la jurisprudencia europeas, basta con recordar las *omisiones* que en diversos textos constitucionales se configuran acerca de la eficacia de los derechos constitucionales

198 ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, Porrúa e IIDPC, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, México, D.F., 2009, p. 6.

199 La cuestión presentada es sólo una de las implicancias sustanciales del problema de los criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

200 FERRERES COMELLA, Víctor, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 43.

201 *Ibid.*, p. 45.

en las relaciones *inter privatos*, excepción hecha de la Constitución portuguesa que contempla expresamente la cuestión en su art. 18.1²⁰².

Las anunciadas *ausencias normativas* llevaron al Tribunal Constitucional alemán a penetrar en aquel problema en el citado caso Lüth²⁰³, donde además de lo anticipado, sentó las bases de la *mittelbare Drittwirkung*, y si bien determinó como premisa liminar que *los derechos fundamentales vinculan al Estado*, también dejó en claro que la Constitución garantiza al mismo tiempo un “orden objetivo de valores” —al que nos referíamos *supra*—, el que, en tanto axioma constitucional, debe aplicarse en todos los ámbitos del Derecho, incluso en el privado, y que no gobierna sino que influye las relaciones entre particulares, *dirigiendo e informando la labor del legislador, la administración y el poder judicial*²⁰⁴.

Otro tanto ocurrió en las praxis del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional italiana²⁰⁵; en ésta, por ejemplo, en las sentencias de 9 de julio de 1970 y de 26 de junio de 1979²⁰⁶.

3. Algunos de los extremos a meritarse para determinar la existencia de una omisión inconstitucional en el ámbito de los derechos fundamentales

A) Para dilucidar si concurre o no una pretermisión inconstitucional que pudiera afectar tales derechos, dos de los aspectos relevantes por examinar son la imprescindibilidad o no de *interpositio legislatoris* y el factor temporal.

202 Ver DE VEGA, Pedro, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 273.

203 En la misma línea, suele incluirse también a la sentencia “Blinkfuer” del mismo Tribunal (cfr. DE VEGA, Pedro, op. cit., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, p. 274).

204 Cfr. FERRERES COMELLA, Víctor, op. cit., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, p. 44; y JANA LINETSKY, Andrés, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, op. cit., *Los derechos fundamentales*, p. 54, nota 2 a pie de página, y p. 61.

205 Véase DE VEGA, Pedro, op. cit., “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, pp. 274-275.

206 Fuera del ámbito europeo, debe advertirse que no son ajenos a esta construcción los tribunales supremos de EE.UU., Canadá y Sudáfrica. El tema puede ampliarse en JANA LINETSKY, Andrés, op. cit., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, pp. 53-55.

Es posible apreciar, ya no en el contexto del derecho interno, sino en el del derecho internacional de los derechos humanos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha sido permeable a la figura. Sobre el punto, ver FERRERES COMELLA, Víctor, op. cit., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, p. 43 y nota 6 a pie de página.

B) Respecto del primero de tales elementos, FERNÁNDEZ SEGADO²⁰⁷ pregona 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, semejante 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 (*vid.* Sentencia 15/1982, de 23 de abril, sobre objeción de conciencia, específicamente el F.J. 8²⁰⁸).

Dicha problemática nos vincula con la difundida distinción entre cláusulas *programáticas* y *operativas*, escisión categorial que nos parece discutible mas cuyo intento de elucidación con detenimiento nos alejaría del propósito de este estudio.

Sólo recordaremos aquí 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, ante la inacción legisferante, sustraer a la disposición de la posibilidad de ejercer control constitucional a su respecto, se vulneraría la primacía constitucional y se bloquearía una función jurisdiccional específica transfiriéndosela al Legislativo²⁰⁹.

Reiteramos: en mayor o menor medida y teniendo en cuenta la heterogeneidad del material constitucional, las disposiciones de la Carta básica vinculan, además de oficiar como útil guía hermenéutica. En consecuencia, los derechos en ella consagrados —también los implícitos— ostentan vocación de operatividad, aun cuando desde el modo de su formulación algunos estén afrontados constitucionalmente, y otros, sólo enunciados.

C) Por su parte, mediante una visión de conjunto de los citados elementos (necesariedad o no de la intermediación del legislador y parámetro cronológico), el órgano de justicia constitucional podría elucidar si al menos *a priori* resulta razonable o irrazonable el tiempo por el que se ha mantenido la inactuación legislativa.

207 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 71-72.

208 *Jurisprudencia Constitucional*, Tº III-1982, 1ª ed., Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, octubre de 1983, p. 208.

El problema central radicaba aquí en la “imposibilidad de ejercicio del derecho de objeción de conciencia al servicio militar” por razón de la falta de desarrollo del art. 30.2 de la Constitución.

209 Cfr. PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 109.

El libro citado constituye, a nuestro juicio, un aporte pionero para el estudio de la problemática de las omisiones inconstitucionales y de la crítica a la distinción entre normas programáticas y operativas.

De ese modo, asegura FERNÁNDEZ SEGADO, es como se puede comprender que la mera no realización normativa de un mandato constitucional abstracto engendre simplemente un “incumplimiento de las exigencias constitucionales”, que, no obstante ser criticable, no es suficiente para convertirla en omisión legislativa inconstitucional. A esta condición se arribaría cuando dejara de ser “razonable” la inercia entendida hasta ese momento como discrecional del legislador²¹⁰.

El citado autor continúa puntualizando 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”²¹¹.

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, indica que 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 elabore una nueva redacción de la norma según la concepción jurídica trasuntada por el Tribunal²¹².

Se ha explicado que las citadas “apelaciones al legislador” constituyen una de las atribuciones más novedosas y exclusivas del Tribunal y consisten en “exhortar” a aquel —estableciéndole o no un plazo— a eliminar una situación normativa contraria a la Constitución, o en casos de leyes aún constitucionales, para evitar que ésta se produzca²¹³. Tales “apelaciones al legislador” han sido consecuencia de la necesidad de

210 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” (Conclusión), *El Derecho*, 25 de julio de 1994, Buenos Aires, p. 4.

211 Se apoya 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”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N^{os} 29-30, Lisboa, pp. 61 y 64-69 (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ídem llamada anterior, nota 113).

212 SCHNEIDER, Hans Peter, op. cit., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, p. 59.

213 QUADRINI, Guillermo A., “El Poder Judicial Alemán. Análisis de la Ley Fundamental en relación al Tribunal Federal de ‘Constitucionalidad’ [sic]”, *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2004, p. 2.

adaptar la legislación a la evolución jurídica, económica, social y técnica, puesto que al momento de sancionar la ley no se advertía la inconstitucionalidad o su inminencia²¹⁴.

En síntesis, la exhortación del Tribunal alemán se realiza con miras a provocar una actividad legislativa, distinguiéndose dos grupos de casos en esta tipología de decisiones: *i*) aquellos en que la situación jurídica analizada ya es inconstitucional, pero por la “apelación” al legislador se evitan los efectos de una declaración de nulidad, quedando vigente por el momento la situación legal en cuanto a la validez de la norma, aunque con serias limitaciones en su proyección hacia el futuro; y *ii*) aquellos en que la situación legal amenaza con convertirse en inconstitucional, tratándose éste de un supuesto propiamente dicho de una “apelación o exhortación al legislador”²¹⁵.

Por su parte, GOMES CANOTILHO distingue entre las “imposiciones constitucionales abstractas” y las “imposiciones constitucionales concretas”. Las primeras se caracterizan porque su falta de 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 sistemático²¹⁶.

De la vulneración de las imposiciones “abstractas”, 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 puntualmente le impusieron las normas constitucionales (converge una precisa exigencia constitucional de actuar —*verfassungsrechtliche Handlungsgebote*—). El profesor portugués reenvía a SEUFERT, de quien sostiene que también distingue entre “*allgemeine Verfassungsgebote*” y “*Handlungsgebote*”, para pasar a citar su siguiente apreciación: “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 ilícitamente”²¹⁷.

GOMES CANOTILHO concluye manifestando que del texto surge la preferencia de situar la problemática de las “órdenes constitucionales generales” en el terreno

214 Ídem.

215 Ídem.

216 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 332.

217 SEUFERT, Leo, *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, op. cit. nota anterior, pp. 332-333, llamada 9 a pie de página.

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*.

III. Colofón

La somera exploración que hemos efectuado de algunas técnicas sentenciales que en materia de inconstitucionalidad por omisión exhibe el *BVerfG* no ha sido producto del azar.

Es que una mirada retrospectiva de la jurisprudencia de dicho Tribunal permite descubrir que en realidad éste fue precursor en la materia del control sobre las pretericiones inconstitucionales, al dictar uno de los primeros fallos que al respecto registra el derecho comparado: aludimos a la ya citada (y que volverá a serlo) Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero, en torno a la normativa que el Parlamento debía dictar para abastecer el art. 6.5 de la *GG* específicamente para *proteger derechos fundamentales*, instando a hacer operativo el *mandato parificador entre hijos legítimos e ilegítimos*. Aunque como veremos más adelante, al estudiar de modo particularizado el caso alemán en materia de omisiones anticonstitucionales (título decimoquinto), hubo algunos pronunciamientos previos a éste pero bastante más tenues.

FERNÁNDEZ SEGADO comienza uno de sus artículos sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión con las siguientes palabras: “Die Bundesrepublik Deutschland ist [...] nicht nur eine stabile Demokratie, sondern auch ein stabiler, wehrhafter Rechtsstaat geworden” (La República Federal Alemana no sólo es una democracia estable, sino que ha llegado a ser también un Estado de Derecho capaz de defenderse)²¹⁸.

Inmediatamente aclara que ese mensaje es una de las conclusiones con las que SCHOLZ finaliza un trabajo realizado con ocasión del cincuentenario del *BVerfG*, en el que trata de dar respuesta al sugestivo interrogante de si el Tribunal es un guardián de la Constitución (*Hüter der Verfassung*) o un legislador sustituto (*Ersatzgesetzgeber*)²¹⁹.

218 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 999.

219 SCHOLZ, Rupert, “Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?”, en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Band 16-1999, pp. 3 y ss., en concreto, p. 8; mencionado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en la referencia inmediatamente anterior, p. 999, nota 1.

El catedrático español advierte a continuación que tal reflexión es muy pertinente para empezar el estudio del control llevado a cabo en Alemania, en sede constitucional, de las omisiones legislativas, por cuanto la evolución seguida al efecto por la jurisprudencia del *BVerfG* “es un excelente ejemplo de la búsqueda de fórmulas con las que dar una respuesta jurídica, demandada por el Estado de Derecho, a cuyo través *poder hacer frente a un problema de más que notable trascendencia constitucional como es el de las lesiones de derechos fundamentales resultantes de las omisiones del legislador*”²²⁰.

Tomando como base algunos de los elementos analíticos desplegados en el presente capítulo, nos moveremos hacia la sección de este trabajo en la que afrontaremos una de las cuestiones más complejas en materia de omisiones inconstitucionales: las que profusamente se dan en un sensible campo de los derechos fundamentales, como es el de los *derechos económicos, sociales y culturales*.

220 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 999.

CAPÍTULO

II

**LA INCONSTITUCIONALIDAD POR
OMISIÓN EN EL SENSIBLE ÁMBITO
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES**

I. Exordio

Nos referiremos aquí a una problemática respecto de la cual la procedencia del control sobre las omisiones inconstitucionales en no pocos casos se torna ardua y dificultosa.

Aludimos a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuya efectivización práctica depende, según argumentaciones que algunos Estados suelen brindar, de las “reservas financieras”, de los “recursos disponibles”, de la “reserva de lo posible” o de otras expresiones de magnitud semántica análoga.

II. Derechos exigibles

Aunque obvio, debe subrayarse que *los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos*.

Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo.

Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

Es preciso recordar que la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos²²¹ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”²²².

Es también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas.

Como hipótesis mínima debe admitirse que los derechos sociales presentan al menos alguna veta de justiciabilidad, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el núcleo

221 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

222 Parte II, párrafo 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Vale además mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

esencial del derecho en cuestión, punto que se perfila como un peculiar desafío para el Estado Constitucional y Convencional contemporáneo y un bien entendido activismo judicial²²³.

En estrecha relación con lo afirmado se muestra la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (Comité de DESC de la ONU), referida a ‘La aplicación interna del Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)’, de 3 de diciembre de 1998.

En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”²²⁴.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU, el examen de los informes periódicos de los Estados Parte y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del papel que ha jugado tal Comité, CRAVEN advierte que *el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel*²²⁵, que se reunió por primera vez en 1987.

223 Más allá de las copiosas visiones sobre el *activismo judicial*, y las consecuentes diferencias sobre sus alcances semánticos e incremento de partidarios y detractores, cuando en este trabajo aludamos a tal expresión será para referirnos –quizá de una manera un tanto pedestre– al juez o tribunal *comprometidos* con las exigencias del Estado Constitucional y Convencional y las cabales protección y realización de los derechos humanos; *despojados* de irritantes pruritos formales en casos complejos; *creativos* en sus respuestas jurisdiccionales cuando la cuestión así lo amerite; e, *inter alia*, *proactivos* sin caer en desmedidas invasiones de competencias de otros poderes del Estado. Un par de interesantes *posts* sobre el particular corresponden a: SOLUM, Lawrence, “Legal Theory Lexicon: Strict Construction & Judicial Activism,” *Legal Theory Blog*, 16 de abril de 2006 (http://lsolum.blogspot.com.ar/archives/2006_04_01_lsolum_archive.html#114518899498875949); y ARBALLO, Gustavo, “¿Qué es el activismo judicial?”, *Saber leyes no es saber Derecho*, 28 de abril de 2006 (www.saberderecho.com/2006/04/qu-es-el-activismo-judicial.html).

Otra postura sobre el punto es exhibida por VANOSI, quien prefiere hablar de “energía judicial” y no de “activismo judicial” (VANOSI, Jorge R., “Poder Judicial: actualidad y perspectivas”, conferencia pronunciada en el marco de la “Jornada sobre temas actuales y relevantes”, Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo, San Juan [Argentina], 24 de mayo de 2013).

224 Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

225 CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

III. En torno a la tan conocida como polémica escisión de los derechos humanos en generaciones

El título que encabeza estas líneas desnuda nuestra visión sobre la difundida expresión “generaciones de derechos humanos”, que —entendemos— ha contribuido a alimentar una artificial brecha entre los derechos civiles y políticos y los DESC.

Sobre el tema, debe evocarse inicialmente —con RABOSI— que fue VASAK quien expusiera formalmente la tesis de las “generaciones de derechos”, en un artículo titulado “La larga lucha por los derechos humanos”, publicado en *El Correo de la Unesco*, pp. 29-32; habiendo redondeado su planteo dos años más tarde en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre (“Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité”, *Leçon Inaugurale*, 1979, 2)²²⁶.

Semejante criterio taxonómico divisorio ha recibido varios cuestionamientos. No es casual que prestigiosa doctrina se haya referido a ellos como la “fantasía de las generaciones de derechos”²²⁷. De hecho, CANÇADO TRINDADE subraya que mientras en relación con los seres humanos se produce una *sucesión generacional*, en el ámbito de los derechos se desarrolla un *proceso de acumulación*, de lo que extrae que *los seres humanos se suceden*, al tiempo que *los derechos se acumulan y se sedimentan*²²⁸.

Agrega el citado autor que desde el prisma de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la “sucesión generacional” de los derechos no pareciera correcta en términos históricos, puesto que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no acaecieron *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no sucedió de la misma manera en la dimensión internacional, como queda acreditado con las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— en 1919), algunas de las cuales

226 RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, N^{os} 69-70-71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 43-44 y 52.

227 Así la denomina CANÇADO TRINDADE, António A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T^o I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

228 *Ibid.*, pp. 64-65.

precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos²²⁹.

A su tiempo, RABOSSI²³⁰ critica la tesis de las “generaciones de derechos humanos” identificando como una de sus consecuencias más dañinas el hecho de que implica y/o brinda un argumento a quienes predicán que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad —advierte— nada hay en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, ya que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteamiento ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor que aquí seguimos resume afirmando que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

Para controvertir esta posición, RABOSSI enfatiza que la tesis que impugna “está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferencia categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”²³¹.

Convergentemente, PINTO subraya que son múltiples las objeciones que encuentra a tal tesis y, entre otros cuestionamientos, pone de manifiesto que la elección de la variable en que se sustenta es “caprichosa”, al tiempo de argumentar que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la doctrina de las generaciones de derechos²³².

Por nuestra parte, entendemos que cuando menos el uso de la expresión “generaciones de derechos humanos”, o de otras de similar calibre, no puede ni debe afectar la unidad conceptual de ellos puesto que imbrican en la dignidad humana que, obvio es decirlo, es sólo una también.

Esa percepción late con fuerza en los preámbulos del PIDESC y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los que claramente se

229 CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*, Serie “Para ONG”, N° 8, San José de Costa Rica, IIDH, 1993, pp. 42 y 43.

230 RABOSSI, Eduardo, op. cit., “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, pp. 49-50.

231 *Ibid.*, p. 51.

232 PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 56-57.

reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la persona humana* (respectivos párrafos 2º de los preámbulos de ambos instrumentos).

En suma, es razonable concluir que el constructo “generaciones de derechos humanos” no puede continuar siendo admitido inercial y acríticamente, sino que merece ser reestudiado, comprobando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcto, o simplemente una creación terminológica arbitraria²³³.

IV. Teoría de los “dos mundos”. Progresividad y no regresividad

1. Lectura de los derechos en el constitucionalismo moderno

Acordamos con PRIETO SANCHÍS, cuando se opone a la pretendida consistencia de la llamada teoría de los “dos mundos” con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir²³⁴.

El citado autor mantiene que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que la justicia y, sobre todo, *la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social²³⁵.

Por lo demás, es indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que

233 RABOSI, Eduardo, op. cit., “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, pp. 41 y ss., *passim*.

234 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, D.F., 2001, pp. 66-67.

235 *Ibid.*, p. 67.

se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes normativas. También, la de reanalizar diversas categorías jurídicas, en ocasiones concebidas en el vientre pretoriano; por ejemplo, la relativa a las denominadas *cuestiones políticas no justiciables* (*'political questions'*).

Precisamente en el campo de los DESC, éstas deberán ser sometidas a una reevaluación en función de la magnitud jurídico-axiológica de los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados y de la sensibilidad intrínseca de la sustancia que nutre a tales derechos, muchos de ellos inexorablemente asociados a la *dignidad de la persona*.

2. Deber de progresividad y proscripción de regresividad injustificada

Por su parte, debe quedar en claro que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no legitima la denegación de otros —DESC— (ver al respecto, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986), pues la pauta de indivisibilidad de los derechos humanos proscribire de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de ellos sea a expensas de otro u otros.

Pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún presente en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que la *progresividad de aquellos es sólo simbólica*, debiendo darse paso a un paradigma de *progresividad sustentable, efectiva y real* de tal tipología de derechos.

Ello implica, en otras palabras, una lógica de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para asegurar el cabal ejercicio de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad* de los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual —como se ha precisado— constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.²³⁶

236 COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

A propósito de la *proscripción de regresividad*, añadimos por nuestra parte que en el "Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, concretamente en el párrafo 103 del fallo, la Corte IDH ha sostenido que, como correlato del desarrollo progresivo de los DESC, *se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad*, "que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho". Añadió que el Comité de DESC ha señalado que *las medidas de*

Respecto del punto, se ha precisado que en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”.²³⁷

El tópicus conecta entonces con la tesis del contenido esencial de los derechos, el que resulta intangible, y con el principio de razonabilidad. Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales —mediante un prisma de inacción deferente— como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradorias de los DESC*, particularmente cuando se trata de *derechos fundamentales*.

V. Omisiones inconstitucionales e inconventionales en el marco de los DESC

1. Introducción

En línea con lo mencionado anteriormente y conscientes de la dificultad práctica que en numerosos sitios entraña la puesta en marcha de los DESC (por los consabidos obstáculos financieros y la convergencia de carencias presupuestarias), estimamos conveniente y necesario que se habiliten adecuadas vías procesales para cuestionar jurisdiccionalmente las recurrentes *omisiones inconstitucionales e inconventionales* que se cometen respecto de tales derechos.

*carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (se apoya en la O.G. N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto]”, de 14 de diciembre de 1990, párrafo 9). Asimismo, marcó que la Comisión IDH ha puntualizado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” (Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrafos 140-147). En síntesis, concluyó que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate (sobre éste y otros temas sobre DESC, ver BAZÁN, Víctor, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167).*

237 SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolidar-Ingenio 2010, p. 14 (www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

2. Algunos precedentes jurisprudenciales que vinculan los DESC y las omisiones inconstitucionales

Es ilustrativo resaltar aquí, a modo de sucintas referencias de ejemplificación, algunos precedentes del derecho comparado que conectan los temas que indica el rótulo precedente.

A) Puede evocarse un caso resuelto por el Tribunal Constitucional portugués (concretamente, la Sentencia N° 474/2002, de 19 de noviembre), en el que formuló edificantes reflexiones enlazando la temática de los DESC con la de la inconstitucionalidad por omisión, para concluir acertadamente que, en puridad, la vía establecida en el art. 283 de la Constitución portuguesa (que institucionaliza la atribución del Tribunal de ejercer control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales) *es también idónea para canalizar procesalmente tal tipo de derechos y no sólo los 'derechos, libertades y garantías' de tenor civil y político*²³⁸.

B) En sentido afín, el Tribunal Constitucional del Perú muestra algunas imágenes sentenciales interesantes al respecto, por ejemplo, la recaída el 20 de abril de 2004 en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, *in re* “A. A. M. G.” (Sala Primera). Volveremos sobre este fallo²³⁹.

Por medio de una acción de amparo contra el Estado peruano —representado por el Ministerio de Salud— la interesada pretendía que se le concediera atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA.

Básicamente, el Tribunal juzgó “necesario analizar la actuación del Estado [...], al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, *esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión*” (F. 39).

Convergentemente, añadió que “los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, *de ninguna*

238 En ocasión de relevar la jurisprudencia portuguesa en materia de inconstitucionalidad por omisión (título duodécimo, capítulo II) retomaremos el mencionado decisorio del Tribunal Constitucional.

239 Retornaremos al fallo en cuestión en el título decimosexto, capítulo II, al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la corrección de las omisiones inconstitucionales.

manera puede justificar la inacción prolongada [...], ya que ello devendría en una omisión constitucional” (F. 49).

C) En la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, la CSJN argentina dictó, en cuanto aquí interesa, dos pronunciamientos sobre los que regresaremos²⁴⁰.

En el primero (que podríamos denominar “Badaro I”²⁴¹), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime²⁴² el Tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión, difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable*, *adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias*.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”²⁴³), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de quince meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar *la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella*”, unánimemente²⁴⁴ declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 24.463²⁴⁵, en el caso, y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante.

3. Apreciaciones adicionales

En dirección coincidente con lo que venimos sosteniendo, conviene intercalar algunas consideraciones de PISARELLO y DE CABO, quienes afirman que, respecto de

240 Más allá de ciertas alusiones a “Badaro” que se intercalarán en otras partes del trabajo, volveremos a este punto particularmente en el título undécimo, capítulo II, al recorrer la praxis jurisprudencial de la CSJN que, con distintos niveles discursivos, conceptuales y de intensidad de control sobre el legislador, ha admitido la fiscalización de la inconstitucionalidad omisiva.

241 Fallos, 329:3089.

242 El decisorio lleva la firma de los siete (7) integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (hoy lo componen cinco —5— de ellos ante los recientes decesos de los jueces Argibay y Petracchi): ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

243 Fallos, 330:4866.

244 Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

245 Se trata de la denominada Ley de “Solidaridad previsional” (Boletín Oficial —B.O.— de 30 de marzo de 1995).

lo que genéricamente denominan “derechos sociales”²⁴⁶, las respuestas jurisdiccionales dependerán del tipo de omisión legislativa de que se trate²⁴⁷.

Así, recuerdan que una omisión legislativa *relativa* no será sino la otra cara de un desarrollo legislativo minimizador y podría resolverse no sólo invocando los derechos sociales constitucionales vulnerados, sino también esgrimiendo, entre otros, los principios de igualdad, de no discriminación y de debido proceso²⁴⁸.

Si se tratara de un supuesto de omisión legislativa *absoluta*, puntualizan que las alternativas jurisdiccionales son más complejas, debiendo indagarse si es posible articular una posición subjetiva ante los tribunales para obtener la protección de un derecho social. Al efecto, sostienen que el recurso de amparo o algún mecanismo procesal semejante (como la tutela colombiana) comportarían una vía idónea tanto de acceso individual como colectivo, añadiendo que incluso en los ordenamientos que, como el español, no admiten el amparo directo de derechos sociales, aquel podría articularse “por conexión” con un derecho civil constitucionalmente amparable, hipótesis que grafican indicando que la protección del derecho a la salud podría, por ejemplo, obtenerse por medio de la salvaguarda del propio derecho a la vida, un ingreso mínimo de subsistencia, a través de la tutela del derecho a la seguridad personal²⁴⁹.

Asimismo, advierten que la doctrina dominante se ha mostrado reticente frente a este tipo de alternativas, argumentando que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”²⁵⁰.

Sin embargo, los doctrinarios citados no comparten tal argumento al entender —en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto— que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la desvinculación jurídica absoluta

246 Para despejar cualquier duda en cuanto a las denominaciones terminológicas “derechos económicos, sociales y culturales” o sencillamente “derechos sociales”, debe advertirse que, en general, la primera se emplea en la dimensión del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que la segunda habitualmente se usa en el ámbito del derecho interno.

247 PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, op. cit., MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, p. 1822.

248 Ídem.

249 *Ibid.*, pp. 1822-1823.

250 *Ibid.*, p. 1823.

del legislador. Es que, agregan, cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión²⁵¹ (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance²⁵².

Por su parte, y partiendo de aquellos DESC que generan obligaciones positivas para el Estado, es posible precisar —con FERRAJOLI— que son o pueden tornarse justiciables las violaciones de los derechos sociales consistentes en omisiones, es decir, en la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayoría de los casos²⁵³. Obviamente, se requerirá valentía (que no es sinónimo de temeridad) por parte de la judicatura y la asunción de un *rol creativo* para dar solución a los supuestos que se presenten a su decisión.

Ello porque, como se ha explicado, los DESC buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir²⁵⁴.

VI. Una breve alusión al caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”

Si bien ya hicimos referencia a este pronunciamiento de la CSJN argentina, conviene retomarlo siquiera brevemente, pues la sentencia aporta diversos insumos

251 Ídem.

252 *Ibid.*, p. 1824.

253 FERRAJOLI, Luigi, “Prólogo” a la obra de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 10.

254 OSUNA PATIÑO, Néstor, “El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial”, *Revista Derecho del Estado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC.

La base fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* —residente en esa ciudad desde 2000— dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue admitida por la Corte Suprema, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativa de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la vivienda, la salud y la discapacidad de un menor); e, *inter alia*, el control judicial de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquellas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad* (consid. 17 de la mayoría).

Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*²⁵⁵.

255 Por ejemplo, la ha reiterado en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111), concretamente en el consid. 12, párrafo cuarto, de la mayoría. Ésta estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte muy relevante para la efectividad de los derechos fundamentales.

Por su parte, en el consid. 15, *Ibid.*, párrafo 1º, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un niño discapacitado que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle”, para referir que entraban “también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”.

En definitiva, el tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: *i*) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y *ii*) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

VII. Consideraciones finales

A modo de mensaje final y envolvente de las diversas cuestiones abordadas en este capítulo, y en sintonía con el papel imaginativo y constructivo que es dable esperar de la magistratura, la violación de la Constitución (y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos) por omisión en materia de DESC no puede resignarse a pervivir sin solución bajo el pretexto de que no existe una ley que institucionalice expresamente un proceso constitucional específico al respecto, ya que de manera paradójica ello supondría dejar en manos del propio órgano silente y violador de la Ley fundamental la corrección de tales vulneraciones.

De allí que, en el punto, adquiera realce la labor de la magistratura jurisdiccional para generar los remedios procesales que conduzcan a abordar y subsanar semejantes inicias pretericiones que en definitiva atacan directamente la *dignidad humana*²⁵⁶.

256 Al solo efecto ilustrativo, indicamos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha realizado interesantes construcciones argumentales para desarrollar el concepto y el alcance de la

En “Q. C., S. Y.”, la CSJN argentina ha proporcionado algunas pautas interpretativas interesantes en pro de la efectivización de los DESC.

Es que no puede quedar duda de que estos son derechos fundamentales e incluso varios de ellos son *precondiciones* para el goce de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por un momento, por ejemplo, en la sustancial importancia del *derecho a la salud* en relación con el *derecho a la vida* de las personas.

Como *mutatis mutandis* puntualiza FERRAJOLI, “los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información”²⁵⁷.

En esa línea, NINO explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”²⁵⁸.

Por lo demás, y tanto al formular planteos en materia de DESC como al resolverlos, es conveniente servirse del valioso bagaje jurídico que atesora la justicia constitucional comparada, en cuyo marco los tribunales y las salas constitucionales, así como las cortes supremas, efectúan continuas remisiones a sus propios precedentes y a los de otros sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos. Incluso en algunos casos se valen de la interesante praxis, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Sudáfrica²⁵⁹ en el área de los derechos fundamentales, principalmente sociales.

expresión “dignidad humana”. En efecto, la ha tratado como: *i*) expresión de la autonomía individual; *ii*) expresión de ciertas condiciones materiales de existencia; y *iii*) como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

257 FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, Universidad de Alicante, trad. de Ali Lozada, Alicante, p. 19.

258 NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

259 Los casos principales que han configurado las bases de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de derechos económicos y sociales, fuera y más allá del tan conocido como discutible fallo recaído en “*Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*” (1997 [12] BCLR 1696), son por ejemplo: “*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*” (2000 [11] BCLR 1169 [CC]); “*Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*” (2002 [10] BCLR 1033 [CC]); y “*Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*” (2004 [12] BCLR 1268 [CC]).

Cabe acotar que la Constitución sudafricana de 1996 es bien conocida internacionalmente por su holística e inclusiva “Declaración de derechos”. Así, además de los derechos civiles y políticos tradicionales, tal Declaración incluye un amplio conjunto de derechos sociales, económicos y culturales exigibles ante los tribunales, teniendo estos un amplio margen para conceder soluciones “justas y equitativas”.

En esa línea de consideración de los precedentes de diversos tribunales en la materia de los derechos sociales, es útil traer a colación la apreciación de ALEXY, quien remitiendo al repertorio jurisprudencial del *BVerfG* (y dentro del marco de lo que el autor denomina “un modelo de derechos fundamentales sociales”), precisa que *en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante*, añadiendo que el espectro de sus posibilidades procesales constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución (v. gr., *BVerfG* 39, 316 [333]), por medio de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución (por ejemplo, *BVerfG* 33, 1 [13]), hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por ésta (por caso, *BVerfG* 3, 225 [237 y ss.]; 43, 154 [169 y ss.])²⁶⁰.

Para ampliar sobre esta cuestión y los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional sudafricana al respecto, ver LIEBENBERG, Sandra, “South Africa. Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 75-101.

Para comprender el escenario jurídico sudafricano y sus desafíos, es ineludible efectuar una brevisima referencia al *constitucionalismo transformador* (*Transformative Constitutionalism*) impulsado por la citada Constitución de 1996, que es justamente un instrumento jurídico progresivo y superador. Como norma suprema, su propósito es regular el poder público y estructurar un sistema normativo y objetivo de valores para una sociedad *posapartheid*. Semejante sistema procura cumplir el imperativo constitucional de superar el pasado de Sudáfrica y convertir a la sociedad en una en la que se respeten la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Ello ha sido vívidamente plasmado en el Preámbulo, en la sección 7.1, en la “Declaración de Derechos” (capítulo 2) y en otros segmentos del texto constitucional. En torno a esta última temática, ver por ejemplo ROSA, Solange, “Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State”, en LIEBENBERG, Sandra y QUINOT, Geo (eds.), *Law and Poverty. Perspectives from South Africa and Beyond*, Publishers Juta & Co., Cape Town, 2012, pp. 100-123.

260 ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 496-497.

TÍTULO SEXTO

**INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN (IV):
EROSIÓN DEL MODELO DE
“LEGISLADOR NEGATIVO”.
INTERPRETACIÓN CONFORME
A LA CONSTITUCIÓN**

CAPÍTULO

I

**INSUFICIENCIA DEL PARADIGMA
KELSENIANO. LA INTERPRETACIÓN
CONFORME A LA CONSTITUCIÓN,
GERMEN DE LAS SENTENCIAS
INTERPRETATIVAS**

I. Insuficiencia del paradigma kelseniano del “legislador negativo”

Muy útil en otro momento histórico, el esquema que Kelsen inicialmente diseñara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias constitucionales (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al tribunal constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se ha visto desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la justicia constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional²⁶¹.

Se constata así que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad pura y simple, se revela exigua para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que se presentan ante los órganos de justicia constitucional, lo que ha propiciado el advenimiento de posiciones jurisdiccionales *activistas y pragmáticas* para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales, las cortes o salas constitucionales y las cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir.

En esa lógica, se mueven en Europa principalmente los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia. Incluso hay algún movimiento en tal sentido, por supuesto menor, en el Consejo Constitucional francés, pese a las particularidades de *control previo de constitucionalidad que exhibe*, hoy matizadas²⁶², y en el antiguo Tribunal de Arbitraje belga (*Cour d'Arbitrage*), establecido a fines de los 70 del siglo pasado, constitucionalizado en la innovación constitucional de 1980 y devenido en Tribunal Constitucional en 2007, identificación institucional que resulta más acorde con las competencias jurisdiccionales que paulatinamente fue adquiriendo.

261 Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, pp. 1844-1845.

262 En fecha relativamente reciente, se ha reformado la Constitución de la V República Francesa de 1958, por medio de la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y se encuentra en vigencia desde el 1 de marzo de 2010. Volveremos brevemente sobre el tema al abordar en el título decimoquinto la aplicación del control de constitucionalidad respecto de omisiones inconstitucionales en algunos tribunales o cortes constitucionales europeos o, como en el caso francés, particularmente en el Consejo Constitucional.

Tal esquema se ha irradiado hacia la región latinoamericana, siendo captado, v. gr., por la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, la Sala Constitucional (conocida como Sala Cuarta) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y hasta, *mutatis mutandis*, la Corte Suprema de Justicia argentina, que sin ser formalmente un tribunal constitucional pareciera buscar reconfigurarse institucionalmente, al depurar su competencia y agregar a su repertorio jurisprudencial nuevos elementos y perfiles en materia de control de constitucionalidad.

En todos esos ámbitos (cronológicamente primero en Europa y más tarde en Latinoamérica), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de sentencias “atípicas o intermedias” y, dentro de éstas, la muy expandida categoría de las sentencias “interpretativas”.

Es preciso aclarar, no obstante lo expresado en el párrafo anterior, que no en todas las latitudes de América Latina estas modalidades sentenciales han sido recibidas, examinadas y aplicadas con idéntico nivel de intensidad.

Ya en un plano general de discusión, se observa que las sentencias atípicas o intermedias reconocen una génesis primordialmente práctica y para nada reciente, ideadas —como tuvimos ocasión de anunciar— a modo de válvulas de escape al rígido molde que primigeniamente pensara KELSEN para los tribunales constitucionales.

En otras palabras, afloran para responder a concretas exigencias empíricas del despliegue funcional de los órganos máximos de la justicia constitucional.

Según detalla GARRORENA MORALES, con apoyo en ciertas decisiones del Tribunal Federal suizo y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., haciendo propia la argumentación de una resolución del Tribunal Constitucional de Baviera (de 13 de febrero de 1952) por la que éste justificaba el recurso a la (hoy importantísima) técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* (interpretación conforme a la Constitución), en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1953, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó establecida hacia adelante la legitimidad de tal tipo de sentencias²⁶³ en el contexto jurídico germano.

Desde el plano jurisprudencial, el *BVerfG* daba así un primer y gran paso en pro de la gradual modelación de un acervo de sentencias atípicas o intermedias —que tienen como abanderadas a las sentencias *interpretativas*— siendo luego tomado como punto referencial por otros tribunales constitucionales europeos.

263 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, pp. 1843-1844.

Naturalmente, tal extrapolación se produjo adaptando las soluciones decisorias a las particularidades de cada escenario jurídico y con matices, varios de los cuales fueron dando vida a sus propias variantes. En este aspecto no puede dejar de mencionarse a la Corte Constitucional italiana que, como demostraremos más adelante, ha desarrollado un cuantitativa y cualitativamente complejo y recargado sistema de pronunciamientos atípicos o intermedios, entre los cuales figuran las decisiones *manipulative* o *manipolatrici* (“*manipulativas*”) y, dentro de éstas, las sentencias *aditivas*, que han resultado útiles a la hora de salvar o corregir las *omisiones inconstitucionales relativas*.

La problemática de las sentencias interpretativas no es precisamente menor en el ámbito de funcionamiento de la justicia constitucional. Es uno de los asuntos de enorme importancia en el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. Entre otras facetas y puntos de conexión, se vinculan claramente con la interpretación de la Constitución, la inconstitucionalidad por omisión y la temática que nombráramos líneas arriba: la interpretación (de la normativa subconstitucional) *conforme a la Constitución*.

Esta última cuestión será justamente objeto de nuestra atención particularizada en el apartado siguiente del presente capítulo.

II. Interpretación conforme a la Constitución

1. Advertencia liminar

Pedimos disculpas anticipadas por la obviedad, aunque todo debe decirse y aclararse para evitar confusiones. Cuando nos referimos al tema del epígrafe aludimos a la labor de la *justicia constitucional* (también de la ordinaria, siempre en la medida de su marco de atribución competencial, en aquellos sitios donde existe la escisión) *consistente en interpretar la normativa infraconstitucional* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) *de conformidad con la Constitución*.

Por cierto no nos olvidamos aquí de efectuar siquiera un brevísimo recordatorio acerca de que surge con nitidez que en la actualidad la exigencia hermenéutica en cuestión supone también la *interpretación conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, tema que ampliaremos en otro sector del presente trabajo al enfocar el *control de convencionalidad* (concretamente, en el título noveno, capítulos I y II).

Aquí nos circunscribiremos particularmente a la *interpretación conforme a la Constitución*.

2. “Interpretación conforme” y sentencias “atípicas o intermedias”

Las sentencias “atípicas o intermedias” (que retomaremos con detalle en el capítulo inmediatamente siguiente) están estrechamente vinculadas al complejo y polifacético fenómeno de la *interpretación constitucional*, del que —con razón— se ha predicado que es *el problema metodológico fundamental en el derecho constitucional*²⁶⁴ o —agregamos por nuestra parte— al menos uno de los más relevantes.

No por casualidad HESSE advirtió que la interpretación tiene para esta parcela del derecho una importancia fundamental porque dado el carácter *abierto y amplio* de la Constitución, los problemas interpretativos se dan más frecuentemente que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas²⁶⁵.

Las exigencias cada vez más intensas que se ciernen sobre la justicia constitucional y la citada textura abierta de las disposiciones constitucionales que llevan a predicar de éstas un cierto grado de indeterminación, hacen que la actividad interpretativa conlleve —fundamentalmente en los casos difíciles, atípicos o complejos— una tarea de creación de derecho por parte de la magistratura constitucional.

En el ámbito de la justicia constitucional, toda interpretación judicial de cuño exclusivamente positivista-legalista subvalora el nivel de ductilidad que contiene la Constitución y puede llevar a una mirada claudicante de las funciones asignadas al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional²⁶⁶.

En atención a todo ello, es imposible eludir en este marco de contextualización de las sentencias atípicas o intermedias en general, y de las interpretativas en particular, siquiera una sumaria aproximación a la doctrina de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* en la terminología alemana o *interpretazione adeguatrice* en la italiana), que tanto tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de los citados pronunciamientos *interpretativos*. Tanto así que tal doctrina o principio de *interpretación conforme*, normalmente de formulación pretoriana²⁶⁷, es el fundamento teórico de aquellos.

264 GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 277.

265 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, p. 34.

266 Ver, *mutatis mutandis*, CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 303.

267 Sin perjuicio de los variados casos en que tal creación se ha concretado por vía jurisprudencial, la cuestión también aparece formulada en algunas leyes orgánicas de tribunales o cortes constitucionales.

La *interpretación conforme* deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, es reconocida en los sistemas que hacen de aquel carácter un postulado básico. Grafica su aserción recurriendo a los sistemas norteamericano y alemán²⁶⁸.

En el primero, todas las leyes y los actos de la Administración deben interpretarse *in harmony with the Constitution* (en armonía con la Constitución); mientras que en el segundo se impone *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (la interpretación de las leyes conforme a la Constitución)²⁶⁹.

El instituto que brevemente repasamos tiene su punto de apoyo, al menos en sus inicios, primordialmente en dos principios:

1. Uno que establece *que una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución*, pauta así enunciada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.
2. Una segunda premisa que reconoce su génesis tanto en la jurisprudencia de este último tribunal como en la de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., vinculada a *la presunción de constitucionalidad de las leyes*. Este principio tiene connotaciones materiales relevantes, que suponen: *i*) una confianza depositada en el legislador en punto a la observancia y la interpretación correcta de los principios de la Constitución; *ii*) el hecho de que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y *iii*) la circunstancia de que, cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional deberá presumirse, siempre que sea “razonablemente posible”, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con que dicha ley habrá de aplicarse será la que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales²⁷⁰.

A su vez, conviene no perder de vista que el postulado de interpretación conforme está anclado en el denominado principio de *unidad del ordenamiento jurídico* (*Einheit der Rechtsordnung*, según la doctrina alemana), gobernado por la Constitución, la

Por ejemplo, y en lo referente a Latinoamérica, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia N° 027, promulgada el 6 de julio de 2010, la consagra en su art. 4 (“Supremacía constitucional”), particularmente en el ap. IV, estableciendo: “Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional”.

268 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 95-96.

269 *Ibid.*, p. 95.

270 *Ibid.*, p. 96.

que —por tanto— tiene primacía en la integración y en la interpretación de dicho ordenamiento normativo.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un “orden de valores” materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. Dicho de otra manera, aquella es una *unidad material de sentido*, expresada en unos principios generales del derecho que deben ser investigados o descubiertos por el intérprete, o han sido declarados en la Constitución de manera formal destacando unos valores sociales básicos que ninguna norma subordinada a la Constitución podrá desconocer, y todas las normas “deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”²⁷¹.

3. Epílogo

En síntesis, nunca está de más resaltar la importancia sustancial de la *interpretación conforme y desde la Constitución*, lo que renueva los desafíos de la jurisdicción constitucional tomando como punto referencial la utilidad que aporta una tarea hermenéutica *dinámica*, pues la Norma básica es un *instrumento dialéctico*.

En este sentido, *mutatis mutandis* y sintonizando la frecuencia *habermasiana*, toda Constitución es un *proyecto vivo*, que como tal sólo puede perdurar a través de una interpretación dinámica, impulsada continuamente hacia adelante en todos los planos de la producción normativa²⁷².

Para medir en una dimensión general de discusión la trascendencia de la labor interpretativa a cargo de la magistratura constitucional, no debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional —en retroalimentación con las normas, los principios y valores aportados por el derecho internacional de los derechos humanos— y la fuerza normativa de la Ley fundamental justamente *dependen en buena medida de la tarea de hermenéutica constitucional*, pues —como expresivamente se ha sostenido— la interpretación constitucional “puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca”²⁷³.

271 *Ibid.*, pp. 97-98.

272 HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Polity Press, trad. al inglés de William Rehg, Cambridge, 1996, p. 129.

273 CARPIZO, Jorge, voz “Interpretación constitucional”, op. cit., CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, p. 320.

Elocuentemente explicaba TREVES que *la Constitución es como un mapa, en el que se representan los elementos esenciales del territorio; correspondiendo a la Corte [Constitucional] fijar los detalles topográficos* (“la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici”)²⁷⁴.

A modo aclaratorio y si bien casi automáticamente la *interpretación conforme* se asocia al derecho y la jurisprudencia alemanes, LÓPEZ BOFILL señala que “el acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano, para añadir, en segundo lugar, *que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*”²⁷⁵ [énfasis del original].

Las consideraciones vertidas aquí edifican una plataforma de lanzamiento hacia la relevante temática que examinaremos en el capítulo siguiente: *las sentencias “atípicas o intermedias”*.

274 TREVES, Giuseppino, “Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana”, en TREVES, Giuseppino (ed.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1971, p. 4.

275 LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, IVAP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 86.

Sin perjuicio de las consideraciones contenidas en el texto, el citado autor sostiene que la tesis de los doctrinarios que las formulan (BOGS, IMBODEN, BACHOF) “debe matizarse porque la eclosión de fórmulas que eviten el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley no se manifiesta con detalle hasta la década de los años 30 del siglo XX con el voto particular concurrente del juez Brandeis en la sentencia *Aschwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346 (1936) [...]. No obstante, la técnica de la interpretación conforme, a lo largo del siglo XIX, se planteó en Estados Unidos en términos similares a los que en la actualidad informan la práctica en Europa (aunque posteriormente, en los Estados Unidos dicha técnica experimentaría una importante variación)” —ídem, nota 2 a pie de página—.

TÍTULO SÉPTIMO

**INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN (v):
SENTENCIAS “ATÍPICAS O
INTERMEDIAS” EN GENERAL
E “INTERPRETATIVAS” EN
PARTICULAR. DECISIONES
“UNILATERALES Y
BILATERALES”, DENTRO DEL
ÁMBITO DE LAS “ATÍPICAS O
INTERMEDIAS”. MODULACIÓN
DE LOS EFECTOS DE LOS
FALLOS CONSTITUCIONALES**

I. Nota explicativa sobre el contenido de este bloque temático

El presente tramo de la investigación, convocado por aspectos y elementos estrechamente conectados entre sí dentro del amplio contexto temático de la inconstitucionalidad por omisión, conforma un módulo compuesto por cuatro capítulos.

Razones metodológicas y de claridad expositiva nos urgen a intentar esclarecer aquí siquiera sucintamente el contenido de cada uno de los mismos:

- En el primero y luego de dejar asentado que el género decisonal corresponde a las sentencias “atípicas o intermedias”, nos internaremos en particular en una de sus principales “especies”: las sentencias “interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas”, contentivas de útiles remedios “unilaterales”, como las sentencias “aditivas clásicas o puras”.
- En el segundo abordaremos una de las categorías taxonómicas que se han utilizado para sistematizar las decisiones “atípicas o intermedias”: aquella que las bifurca en pronunciamientos “unilaterales y bilaterales o multilaterales”, según si —respectivamente— la solución es dispensada de modo directo por el órgano máximo de la justicia constitucional que corresponda, o si en el proceso de cumplimiento de la respuesta jurisdiccional que éste forje hubiera vinculado a otros poderes del Estado (por ejemplo, al parlamento o congreso) y/u otras autoridades públicas (v. gr., los jueces ordinarios, allí donde la diferenciación con los jueces constitucionales está establecida formalmente, como en Italia o España). El capítulo en cuestión focalizará casi con exclusividad subtipos de resoluciones “bilaterales”, dado que a esa altura del desarrollo del trabajo las “unilaterales” más importantes ya habrán sido presentadas con algún grado de profundidad en el capítulo I.
- En el tercer eslabón nos centraremos en una técnica que ha surtido buenos frutos a la justicia constitucional: la modulación de los efectos de los pronunciamientos constitucionales (v. gr., el diferimiento en el tiempo de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad o de nulidad).

- En la cuarta fracción brindaremos unas sucintas apreciaciones finales asociadas a algunos de los aspectos afrontados en los tres capítulos anteriores, cerrando así el presente título séptimo.

Finalmente, dejamos sentado que no agotaremos aquí el examen de la polifacética temática de las sentencias “atípicas o intermedias”, pues apreciaciones, argumentaciones y referencias empíricas complementarias en torno a distintas facetas de la cuestión, serán también desplegadas en otros tramos de la investigación.

CAPÍTULO

I

**CONSIDERACIONES GENERALES.
ESPECIAL ACERCAMIENTO A LAS
SENTENCIAS “INTERPRETATIVAS”**

I. Apreciaciones introductorias

Las sentencias *clásicas o típicas* que emite un tribunal constitucional ante una acción o cuestión de inconstitucionalidad pueden básicamente asumir dos formas: *i*) de *desestimación* pura y simple, en la que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad y, consecuentemente, se mantiene la ley acusada dentro del sistema normativo en cuestión; y *ii*) de *admisión* pura y simple, por la que se declara la inconstitucionalidad-nulidad de la ley enjuiciada y se produce su expulsión del ordenamiento jurídico.

Por su parte, y como anticipáramos, el empleo de sentencias “atípicas o intermedias” revela la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión, lo que supondría un *horror vacui* y tal vez el advenimiento de una situación de mayor textura anticonstitucional que la que se pretendía conjurar mediante la declaración de ilegitimidad constitucional de la disposición juzgada.

La búsqueda de nuevas técnicas sentenciales denota un intento por superar lo que MODUGNO denomina la *ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad*²⁷⁶.

En torno a las variantes decisionales “atípicas o intermedias” existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Desde luego, y como dijimos anteriormente, la doctrina de la *interpretación conforme a la Constitución*, además de las variadas exigencias de la propia operación funcional de los tribunales y las cortes constitucionales o cortes supremas de justicia, mucho ha tenido que ver en la génesis y el ulterior desenvolvimiento —primordialmente— de las sentencias interpretativas, que como veremos a continuación constituyen una especie muy significativa del género de decisiones “atípicas o intermedias”.

276 MODUGNO, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en BARILE, Paolo, CHELI, Enzo y GRASSI, Stefano (coords.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, II Mulino, Bologna, 1982, p. 48.

II. Las sentencias “interpretativas” como especie muy relevante del género de decisiones “atípicas o intermedias”

1. Sumario mensaje inicial

Nos hacemos cargo del simplismo de cuanto diremos en estas líneas iniciales, que aunque sea muy básico, quizá ofrezca alguna utilidad para evitar confusiones, al menos, en cuanto a nuestra visión del tema al que nos referiremos.

Las aportaciones de distintos autores (fundamentalmente europeos) respecto de las sentencias “atípicas o intermedias” no proyectan un nivel absoluto de acuerdo en torno a si éstas se agotan o no con las “sentencias interpretativas”.

Por nuestra parte, y como advirtiéramos, estas últimas son una *especie*, tal vez la más importante, del *género* de las “atípicas o intermedias”, que además abarcan, por ejemplo, a las *sentencias exhortativas*, *las recomendaciones al legislador* y *los pronunciamientos prospectivos*.

Sobre la plataforma que acabamos de describir muy escuetamente, intentaremos mostrar algunas aproximaciones clasificatorias a los decisorios “atípicos o intermedios”, comenzando por las sentencias interpretativas (también las “manipulativas” y particularmente las “aditivas clásicas o puras”) de las que nos ocuparemos particularmente en este capítulo, como modalidades decisionales “unilaterales”.

En el siguiente capítulo recalaremos en otros especímenes sentenciales del citado género, que la rica y multifacética praxis de los órganos máximos de justicia constitucional revela. Y lo haremos utilizando un enfoque categorial que los vertebrata en pronunciamientos “unilaterales y bi o multilaterales”. Como puede suponerse, el énfasis se pondrá en esta última vertiente, ya que las “unilaterales” serán focalizadas especialmente en la presente porción del ensayo (capítulo I).

Por tanto, el señalamiento que en este segmento proporcionaremos a las sentencias “interpretativas” naturalmente involucrará a las resoluciones que en Italia se han denominado “manipulativas”, entre las que se cuentan las “aditivas clásicas o puras” que —como ya fuera adelantado— son idóneas y útiles para superar las *omisiones inconstitucionales relativas o parciales del legislador*.

2. Panorama general y finalidad de las sentencias “interpretativas”

Según GROPPi, el propósito de tales sentencias se inscribe en el marco de la “minimización” del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico²⁷⁷.

Otro motivo que lleva a recurrir a esta tipología sentencial es evitar —en tanto sea posible— la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, que pueda sumar focos de conflicto a la relación tensional que en diversas ocasiones se genera entre el órgano máximo de la justicia constitucional y el parlamento o congreso. Ello porque la anulación total o parcial de la ley siempre se visualiza, según la interesante perspectiva de ROUSSEAU (cuyas apreciaciones se ciñen al escenario jurídico europeo, aunque valen para otros contextos), como “una *desautorización de la mayoría parlamentaria y se explota políticamente por la oposición*. De este modo, *interpretando la ley de conformidad con la Constitución, los Tribunales Constitucionales evitan oponerse al Parlamento*”²⁷⁸.

Al estar las “sentencias interpretativas” fuertemente vinculadas —como anunciaríamos— a la *interpretación conforme*, parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la/s norma/s que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende/n del mismo.

Como es de sobra conocido, la operación que lleva adelante el órgano de cúspide de la justicia constitucional de que se trate consiste en preferir, entre los posibles significados de una disposición, el que observe los mandatos constitucionales y no el que los infrinja o ignore. O bien, procura decantarse por el que brinde la mayor dosis posible de eficacia a los principios y valores de la Constitución.

Una concepción que coloquialmente podríamos llamar “*minimalista*” de esta técnica decisoria de interpretación conforme, tal vez nos autorizaría a imaginar que desde el punto de vista funcional las sentencias interpretativas buscan *agotar*

277 GROPPi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, p. 355.

278 ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Cuadernos y Debates, N° 141, CEPC, trad. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, 2002, p. 73.

las posibilidades en orden a que la ley pueda superar el juicio de constitucionalidad; o, visto desde otro ángulo, que aquellas persiguen reconstruir por vía de la interpretación constitucional la ley cuya constitucionalidad se examina.

Parecería también que tal tipología decisoria rezuma la idea de *deferencia razonada hacia el legislador democrático*.

Al solo efecto ilustrativo, remitimos a FERNÁNDEZ SEGADO, quien refiriéndose al escenario jurídico español, recuerda que el Tribunal Constitucional (T.C.) de este país, en la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre (específicamente en su F.J. 7º), ha compendiado su doctrina sobre las *sentencias interpretativas*. Desde la óptica del catedrático aludido, tres principios generales pueden extraerse de tal acervo jurisprudencial²⁷⁹:

- i) La efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos, pues al T.C. le está vedado tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional.
- ii) La interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales.
- iii) No compete al T.C. la reconstrucción de una norma explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por aquel de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde.

En tanto que todo debe decirse, el mismo autor se ha encargado de poner de manifiesto cómo en una sentencia posterior (101/2008, de 24 de julio) el T.C. español ignoró justamente los tres principios precedentes, desfigurando el sentido del enunciado normativo, operando verdaderamente *contra legem* y conduciendo la interpretación que llevaba a cabo a una norma realmente nueva, que no sólo convertía al T.C. en legislador positivo, sino que, en su actuación como tal, le llevaba a oponer su voluntad a la del legislador parlamentario²⁸⁰. En el particular, se trataba de una sentencia que cerraba el complicado proceso jurídico desencadenado por la reforma de la Ley Orgánica del T.C. realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

279 FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El Tribunal Constitucional español como legislador positivo”, *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. XV, N° 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 169-170.

280 Ver la dura crítica espetada por FERNÁNDEZ SEGADO a la sentencia aludida en el texto (que —en palabras suyas— “había introducido una importante innovación en el procedimiento de integración del Tribunal”), op. cit., nota anterior, pp. 170-174.

Viene al caso evocar la posición de GARRORENA MORALES, para quien la estrategia de las “sentencias interpretativas”, que consiste en *conservar la disposición legal adecuando su sentido*, se vendría abajo si ese sentido o esa interpretación no tuvieran después capacidad de vincular (a los jueces ordinarios y demás operadores jurídicos)²⁸¹. Dicho en otros términos, se derrumbarían si no logran *eficacia*, trasuntada en el seguimiento de tales productos hermenéuticos por parte de los aplicadores del derecho.

Al respecto y para cerrar este segmento, invocamos de nueva cuenta al autor citado en la primera parte del párrafo anterior, para quien la verdadera “eficacia” de la sentencia constitucional no se agota en el plano escuetamente *jurídico* de la determinación de sus “efectos”, sino en el mucho más *político* de su “efectividad” frente a los demás poderes, esto es, en el plano de su entidad como acto de poder²⁸².

3. De la distinción entre “disposición” y “norma”

En la línea indicada y siguiendo aquí las aportaciones de GUASTINI, *disposición* es el texto indeterminado sobre el cual recae la interpretación del operador jurídico; mientras que *norma* es el enunciado resultante de esta actividad, que concreta la prescripción abstracta de la primera a términos específicos e inmediatamente aplicables al caso concreto. Por último, el *texto o enunciado* es el conjunto de palabras que integran una determinada *disposición*, y el *contenido normativo*, es a su vez la significación que se le asigna, o sea, la *norma*²⁸³.

En sentido convergente, DÍAZ REVORIO explica que *disposición* es cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; mientras que *norma* es cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. Para este autor no podría haber *norma* sin previa actividad interpretativa²⁸⁴.

Una de las profusas aproximaciones conceptuales que se han ensayado de las sentencias interpretativas —en este caso la surgente de la pluma de RUBIO LLORENTE— las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales (“¡a veces no tan habituales!”) de interpretación²⁸⁵.

281 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 25.

282 *Ibid.*, p. 22.

283 GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., Porrúa - UNAM, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, p. 11.

284 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, pp. 35-36.

285 RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1997, p. 484.

En ese sentido, las sentencias interpretativas corporizan un supuesto de ruptura de la *correspondencia biunívoca entre enunciado y norma*.

Un interesante ensayo explicativo de este último aserto proviene de MENDONCA, quien luego de aclarar que la *norma no constituye el objeto de la interpretación, sino el producto de la actividad interpretativa*, puntualiza que “una *formulación normativa* es la expresión lingüística de una norma y una *norma* es el significado expresado por esa formulación. Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una *correspondencia biunívoca*, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas”²⁸⁶.

Por medio de una gráfica imagen discursiva, LÓPEZ GUERRA explica que “las sentencias ‘formalmente’ interpretativas representarían únicamente la punta o parte descubierta de un iceberg conceptual mucho más profundo y voluminoso, referido al papel que efectivamente el Tribunal Constitucional cumple en la práctica, desbordando [...] el marco teórico kelseniano”²⁸⁷.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente en torno a la distinción disposición y norma/s a los efectos del estudio de las sentencias interpretativas, no puede negarse que *es complicado despojarse totalmente del empleo del vocablo “norma” para señalar indistintamente a la “disposición” o a la “norma”, o a ambas, o bien el término “disposición” para nominar no sólo el “texto” sino también el “resultado de la interpretación”, esto es, el “texto interpretado”*. De todos modos, ello no empaña la diferenciación conceptual expresada, sobre todo, desde el punto de vista teórico²⁸⁸, marco en el cual la *disposición* sería el *objeto* de la interpretación y la *norma* el *resultado* o *producto* de esta actividad hermenéutica.

4. Críticas a las “sentencias interpretativas”. El problema de su legitimidad

La incomodidad que en ciertos sectores del poder puede provocar lo que impropiamente algunos califican como “desbordes o excesos” de la jurisdicción constitucional no es precisamente una ilusión concebida en la fértil imaginación de algún *fugitivo de la realidad*.

286 MENDONCA, Daniel, op. cit., *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, pp. 36-37.

287 LÓPEZ GUERRA, Luis, “Prólogo” a la obra de DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 13.

288 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 36.

De hecho, no han faltado intentonas dirigidas a que algunos tribunales, cortes o salas constitucionales se replieguen y ajusten estrictamente a su rol de “legislador negativo”, procurando encorsetarlos al prohibirles el dictado de sentencias que no sean las rigurosamente típicas y tradicionales: *i*) admisión y consiguiente declaración de inconstitucionalidad-nulidad; y *ii*) desestimación pura y simple del planteo de inconstitucionalidad.

Por ejemplo, en el Perú se presentó una proposición legislativa (Proyecto de Ley N° 14.321-2005-CR, “para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”) que, dicho coloquialmente, buscaba prohibir al Tribunal Constitucional el dictado de sentencias interpretativas.

No ha sido el único ensayo; vienen a nuestra memoria algunas propuestas convergentes gestadas en otros sitios de Latinoamérica e incluso en algún país europeo.

Por último, tampoco han faltado tentativas de reforma constitucional, algunas inexplicables y sorprendentes como la de Colombia para eliminar la Corte Constitucional y retornar al sistema de control de constitucionalidad previo a 1991 (año en el que se aprobó su actual Carta magna).

Normalmente las objeciones que, en un plano general, se disparan contra las *sentencias interpretativas* pueden reconducirse a las siguientes: *i*) no tienen base legal ni constitucional, o sea, son una creación del órgano máximo de la justicia constitucional; *ii*) media un ilegítimo desplazamiento institucional de parte de éste, que rebasa las atribuciones que le vienen deferidas normativamente; y *iii*) se invaden competencias propias del legislador.

Tales cuestionamientos resultan infundados y conceptualmente insostenibles. Maniatar al órgano máximo de justicia constitucional de un Estado, además de ser por vía de principio inconstitucional, iría a contramarcha de la evolución que ha tenido la institución (desde aquella percepción que la encuadraba exclusivamente como “legislador negativo”) abriéndose hacia requerimientos que imponen la *defensa* y la *realización* de la Constitución y los desafíos que ésta y los instrumentos internacionales fijan en el área de los derechos humanos y el derecho humanitario.

Ello sin olvidar la dinámica contemporánea de la interpretación constitucional que brinda nuevos e interesantes insumos y elementos para que el tribunal en cuestión desarrolle su labor de una manera más adecuada y consistente con la idea de afianzar una “Constitución viviente” (*living Constitution*)²⁸⁹.

289 Como se sabe, no es precisamente nuevo el debate en EE.UU. entre lo que serían las antitéticas técnicas interpretativas propuestas, de un lado, por el “originalismo” y, del otro, por los acólitos de la “*living Constitution*”.

Aunque obvio, corresponde recordar que el tribunal o la corte constitucionales o la corte suprema de un país, en tanto órganos de cúspide de la justicia constitucional respectiva, son los “supremos intérpretes de la Constitución”. No son los únicos (también la interpretan el juez ordinario, el legislador y los demás operadores del sistema jurídico), pero sí son sus máximos y últimos intérpretes y, en tanto tales, tienen una responsabilidad jurídica e institucional muy intensa porque son quienes poseen la palabra final.

Ingresamos así al difícil terreno de la legitimidad de esta tipología sentencial, en no pocas ocasiones cuestionada.

Al respecto, estamos convencidos de que en la medida que sean empleadas prudentemente, las sentencias interpretativas constituyen una importante herramienta para el órgano de cabecera de la justicia constitucional de que se trate.

En el estadio de evolución que ha alcanzado la justicia constitucional “resultaría limitador un entendimiento de la misma como jurisdicción de mera anulabilidad, simplemente de *contrarius actus*, y por tanto sólo portadora de soluciones no creativas de derecho”²⁹⁰.

De hecho, al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional constitucional comparada se viene desarrollando (tanto en Europa como en algunos sitios de América Latina), queda en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del “legislador negativo” y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad, para hacer frente a los nutridos y variados desafíos que la dinámica del Estado Constitucional (y Convencional) constantemente genera.

Para los primeros, las disposiciones de la Constitución cobran sentido por medio del entendimiento o la intención de los *Founding Fathers* (padres fundadores); esto es, que el intérprete debe “descubrir” el significado o los significados original/es (*original meaning/s*) que quienes concibieron y depararon ese precepto constitucional quisieron atribuirle.

Los segundos postulan la necesidad de interpretar la Constitución como un documento vivo, que se desenvuelve, evoluciona y adapta en función de las necesidades sociales.

Es muy copiosa la literatura sobre este secular debate. Pueden citarse, v. gr., a MCBAIN, Howard Lee, *The Living Constitution*, 1948; a un radical exponente del originalismo como SCALIA, Antonin, por ejemplo en *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1997 o en “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, N° 57, 1989, pp. 849 y ss.; ACKERMAN, Bruce, “The Living Constitution”, *Harvard Law Review*, Vol. 120, 2007, pp. 1737-1812; STRAUSS, David, *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010, y BALKIN, Jack, quien aporta una visión relevante en un libro con un título muy sugerente: *Living Originalism*, Harvard University Press, 2011.

290 CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 301.

En esa dirección, no son escasas ni cualitativamente insignificantes las ocasiones en que la instancia de cierre de la justicia constitucional se ve expuesta a la necesidad de sortear la expulsión inmediata de la norma sometida al juicio de constitucionalidad, pues ello ocasionaría un *vacío normativo* que resultaría aún más pernicioso que la propia situación inconstitucional que se intenta remediar.

Como puede suponerse, ello en modo alguno nos impide advertir que en el despliegue de su tarea en el sentido apuntado, el órgano cupular de jurisdicción constitucional debe conducirse con un *activismo prudente y equilibrado*. Es decir, animándose a buscar alternativas sentenciales para el cumplimiento a cabalidad y con independencia de criterio de la elevada misión que la Carta magna le depara, mas cuidándose de no abrir las compuertas a una inapropiada invasión jurisdiccional en sectores competenciales propios de otros poderes del Estado, debiendo fundamentalmente respetar la autoridad democrática del legislador y su libertad (*que no debe ser arbitrariedad*) en la configuración legislativa.

Sea como fuera, y pese a los reproches que se lanzan contra las sentencias interpretativas, críticas sobre las que ROUSSEAU ha opinado que su “única aportación ha sido resaltar el carácter inevitable de la participación de las jurisdicciones constitucionales en la elaboración de la ley”, este autor concluye expresivamente que “el interés práctico de las decisiones interpretativas es tal que *los Tribunales continúan utilizándolas —con buen juicio—, que los Parlamentos las aceptan —con desagrado—, y que los demás poderes públicos y autoridades judiciales las respetan —con resignación—*”²⁹¹.

III. Un acercamiento a las llamadas sentencias “manipulativas”

1. Preludio

Ilustrativamente y dentro de la categoría de las “interpretativas”, pueden ubicarse por ejemplo a las *sentencias “manipulativas”* que constituyen una manifestación distintiva de la jurisdicción constitucional italiana, aunque *con un gran nivel de exportación hacia otros escenarios jurídicos*.

291 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 73.

En Italia reciben distintas designaciones, por ejemplo, “*sentenze manipolative o manipolatrici*”, y según otras concepciones y denominaciones, también “*creative*”, “*normative*” o “*autoapplicative*”.

Las sentencias “manipulativas” (el nombre más extensamente conocido) pueden ser, a su vez, “*reductoras*”, “*sustitutivas*” o “*aditivas*”.

Con gran economía de palabras, pero intensa claridad expresiva, CRISAFULLI ha puntualizado sobre las sentencias manipulativas que traen como consecuencia hacer decir algo diferente a la disposición a la cual se refieren y, por lo general, algo más de lo que era su significado original [*hanno per effetto di “far dire” alla disposizione cui si riferiscono qualcosa di diverso, e di solito qualcosa di più rispetto a quello che ne era l’originario significato*]²⁹².

En las líneas siguientes repasaremos de manera muy somera las variantes señaladas, dando algunos ejemplos clásicos de cada una de ellas²⁹³.

2. Variantes de sentencias “manipulativas”

A) Sentencias “reductoras”

Según GASCÓN, ellas suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual y luego de la tarea interpretativa, *la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*²⁹⁴.

Añadimos que se trata de decisiones de ilegitimidad constitucional de tipo “ablativo”, es decir aquellas donde la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición *en la parte en que prevé una cosa que no debía prever*. Por lo tanto, con la resolución se elimina un fragmento de la disposición analizada.

292 CRISAFULLI, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, op. cit., AA.VV., *Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, p. 141.

293 Interesante información sobre éste y otros aspectos de la praxis de la Corte Constitucional, puede compulsarse en el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet consultada en su momento: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai). También puede verse en: www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf).

Los casos jurisprudenciales que citamos en el texto han sido tomados de la mencionada fuente.

294 Cfr. GASCÓN, Marina, op. cit., voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en *Diccionario de derecho constitucional*, p. 318.

Algunos ejemplos de la Corte Constitucional italiana al respecto son las sentencias N° 63 de 1966, por la cual se declararon inconstitucionales ciertas disposiciones del Código Civil relativas al régimen de la prescripción del derecho a una retribución por el trabajo asalariado; y N° 11 de 1979, mediante la que se declaró inconstitucional el inc. 3° del art. 18 del “*Regio Decreto*” N° 773, de 18 de junio de 1931 (texto consolidado de las leyes de seguridad pública).

B) Sentencias “sustitutivas”

Éstas *suplantán* una interpretación plausible pero inconstitucional del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce del mismo, pero que resulta acorde con la Constitución²⁹⁵.

Dicho de manera más directa, se declara inconstitucional la decisión *en la parte en que prevé una cosa en vez de otra*, marco en el que la sentencia reemplaza un fragmento de la disposición por otro.

Un ejemplo muy conocido es el de la Sentencia N° 15 de 1969 que causó gran convulsión doctrinal en Italia y en donde la Corte Constitucional declaró inconstitucional la disposición del Código Penal que preveía la facultad del Ministro de Justicia de conceder la autorización para proceder en los casos de desacato a la Corte Constitucional, en lugar de a ésta. Semejante previsión erosionaba la posición institucional de dicho tribunal. En atención a ello, fue declarada inconstitucional, no totalmente, sino en la medida en que atribuía el poder de dar la autorización para proceder por el delito de desacato contra la Corte Constitucional, al Ministro de Justicia en lugar de a la propia Corte [*la previsione è stata dichiarata incostituzionale, non già nel suo complesso, bensì “nei limiti in cui attribui il potere di dare l’autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte costituzionale al Ministro [...] anziché alla Corte stessa”*].

Otra muestra que ejemplifica esta modalidad decisoria, entre muchas, es la Sentencia N° 409 de 1989, por la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad del inc. 2° del art. 8 de la Ley N° 772, de 15 de diciembre 1972 (Normas para el reconocimiento de la objeción de conciencia). Determinó la ilegitimidad constitucional de la disposición *en la parte en que establecía cierta pena mínima de dos (2) años en lugar de seis (6) meses, y máxima de cuatro (4) años en lugar de dos (2) años*.

La observación de la praxis italiana nos permite afirmar que este subtipo decisional consta de dos fases: una que podría llamarse *ablativa*, que derriba el contenido de la

295 Ídem.

disposición objeto del juicio de constitucionalidad; y otra *reconstructiva*, por medio de la cual se reconfigura el contenido de aquella dándole un sentido diverso del que poseía, tratando desde luego de compatibilizarla con la Constitución.

C) Sentencias “aditivas clásicas o puras”. Diferencias con las llamadas decisiones “aditivas de principio”

a) Se les dio la denominación de *sentenze “additive”* o *“aggiuntive”* a aquellas sentencias asociadas a la *inconstitucionalidad por omisión relativa*, que consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*²⁹⁶.

Si bien para algunos autores el primer ejemplo de pronunciamientos aditivos se ubica en la Sentencia N° 168 de 1963, otros ya veían en la Sentencia N° 24 de 1957 alguna traza embrionaria de tal tipología decisoria. En aquella, declaró inconstitucional una cláusula de la Ley N° 195, de 24 de marzo de 1958, que instauraba el Consejo Superior de la Magistratura. La inconstitucionalidad se basaba en que, para las deliberaciones relativas a los magistrados, exigía la solicitud del Ministro de Justicia, excluyendo indebidamente la iniciativa del propio Consejo.

Entre los más importantes fallos de esta etapa inicial sobresale la Sentencia N° 190 de 1970, por la que se declaró inconstitucional una disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *en tanto no preveía* la necesaria presencia del abogado defensor del acusado en el interrogatorio a que éste era sometido, mientras sí consagraba la presencia del ministerio público en dicho interrogatorio.

Puede también resaltarse la Sentencia N° 68 de 1978, que giraba en torno al art. 39 de la Ley N° 352, de 25 de mayo de 1970, acerca del *referéndum*. La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo citado *en la parte en que no preveía* que, si la derogación de los actos o las disposiciones específicos a los cuales aludía el referéndum venía acompañada de otra regulación de la misma materia, sin modificar los principios rectores del marco regulatorio global preexistente ni los contenidos normativos esenciales de los preceptos específicos, el referéndum debía realizarse sobre las nuevas disposiciones legislativas²⁹⁷.

296 Ídem.

297 Además de las “aditivas de principio”, existen otras modalidades particulares de sentencias aditivas desarrolladas por la Corte Constitucional, por ejemplo, las llamadas “*sentenze additive di prestazione*” y las “*sentenze additive di procedura*”.

Aquí nos limitaremos sólo a nombrarlas, con cargo a volver sobre el tema en el título decimoquinto, al analizar específicamente la jurisprudencia de la C.C. italiana en materia de inconstitucionalidad por omisión.

A las “*aditivas clásicas o puras*” se las ha identificado como un ejemplo típico de *sentencias estimatorias parciales*²⁹⁸ que declaran inconstitucional una disposición “*en la parte en que no prevé o no dispone*”, y que mantiene su vigencia siempre que se entienda agregado el contenido que la Corte Constitucional considere que el legislador omitió.

Por último, es preciso retener que el pronunciamiento aditivo no tiene por objeto eliminar del ordenamiento jurídico la norma impugnada, sino *modificar* su significado mediante la declaración de ilegitimidad constitucional de aquello que no fue contemplado en la ley y que debería haberlo sido.

En otras palabras, se suma un nuevo componente al enunciado legal, extendiéndose su contenido normativo. Así, a partir de la adición, la disposición enjuiciada pasará a comprender un supuesto de hecho que no fue incluido primigeniamente en la formulación normativa.

b) Es importante no confundir las sentencias “*aditivas clásicas o puras*” (que son las que venimos retratando sucintamente aquí) con las sentencias “*aditivas de principio*”.

Tal como adelantábamos, aquellas permiten conjurar *las omisiones inconstitucionales relativas o parciales* por medio de la intervención directa y *unilateral* de la Corte Constitucional.

En cambio, las decisiones *aditivas de principio*²⁹⁹ no generan una solución *unilateral* del órgano máximo de justicia constitucional, sino que son resoluciones carentes de operatividad jurídica inmediata y que concretan una suerte de reenvío al legislador.

Como enseña ROMBOLI, si bien en ellas la Corte Constitucional sigue la misma técnica de las sentencias aditivas clásicas o puras, no introduce (como en éstas) una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que se fija un principio general que debe ejecutarse a través de una intervención del legislador, aunque el juez ordinario puede —dentro de ciertos límites—, en la decisión de los casos concretos, hacer referencia al principio sentado por la Corte Constitucional³⁰⁰.

298 PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tº II, CEC, trad. de Javier Jiménez Campo, Madrid, 1984, p. 52.

299 Para ampliar sobre la cuestión, puede verse, por ejemplo, ZAGREBELSKY, Gustavo, “Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, 1993, pp. 145 y ss.

300 ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Nº 48, septiembre-diciembre de 1996, CEC, trad. de Ignacio Torres Muro, Madrid, p. 75.

En otras palabras, a diferencia de lo que acontece en las aditivas que nos permitimos llamar “clásicas o puras”, en las “de principio” el Máximo Tribunal italiano procura introducir un precepto muy general que, con razón o sin ella, ve como la única indicación cierta y constitucionalmente necesaria que se puede extraer del sistema [“*un principio generalissimo, visto a torto o a ragione come l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema*”]³⁰¹.

Una de las diferencias que hemos subrayado entre las aditivas clásicas o puras y las aditivas de principio radica en que, mientras en aquellas la Corte Constitucional dispensa unilateralmente la solución, en las señaladas en último término se pone en movimiento una relación de colaboración multilateral entre el órgano de justicia constitucional que la pronunció, el Parlamento y los jueces ordinarios, cada uno en el marco de sus respectivos espacios competenciales.

Es preciso aclarar que algunos autores (v. gr., MAZZAROLI) niegan que las sentencias aditivas de principio tengan genuino carácter aditivo³⁰², pues consideran que en puridad son decisiones de inconstitucionalidad que proceden a indicar principios, lo que, al fin y al cabo, las transformaría en sentencias estimatorias *disfrazadas de algo distinto*³⁰³.

Según la visión de BLANCO DE MORAIS, les faltaría el componente reconstructivo de las decisiones aditivas, ya que dejarían subsistente un vacío o laguna sin llevar a cabo su reparación directa, careciendo del carácter *self-executing* de la función reparadora que es inherente a aquellas. En el fondo, serían decisiones estimatorias con un perfil más cercano a las decisiones exhortativas o apelativas (*sentenze monito*), pero que no poseen, siquiera, el componente de “amenaza” de estas últimas, ya que no determinan plazos para colmar la laguna ni fijan sanciones para reprimir el incumplimiento del legislador³⁰⁴.

301 En el punto, ver el interesante libro de PINARDI, Roberto, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Vol. 78, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108, nota 153 a pie de página.

Dejamos constancia que hemos accedido al texto completo de tal libro en su formato electrónico definitivo (PDF), que el propio autor tuviera la gentileza de enviarnos. Todas las referencias que aquí se efectuarán a tal obra, así como los números de páginas que se individualizarán, corresponderán a tal versión en soporte informático.

302 MAZZAROLI, Ludovico, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 95 y ss.

303 *Ibid.*, p. 121.

304 BLANCO DE MORAIS, Carlos, “As sentenças com efeitos aditivos”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 1448.

3. Balance provisional de las sentencias “manipulativas”

Presentados sintéticamente algunos subtipos de *sentencias manipulativas*, puede en general concluirse que, con ellos, el órgano máximo de justicia constitucional procede a modificar e integrar las disposiciones sometidas a su examen, de modo que éstas emergen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido distinto del original.

Como advierte ROMBOLI, las *resoluciones manipulativas* han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional (en el caso de Italia) para intervenir y, por tanto, tomar opciones que corresponderían exclusivamente al legislador³⁰⁵.

Dicho de otro modo, se pone en tela de juicio si ese tribunal puede arrogarse el ejercicio de atribuciones consideradas “legislativas” o “paralegislativas”. En el fondo, esta problemática exhibe análogos perfiles al de la legitimidad de las “sentencias interpretativas” como género decisonal al que las manipulativas adscriben en calidad de especie, cuestión que abordáramos líneas arriba y a la que, *mutatis mutandis*, remitimos.

Sea como fuera, existe un dato empírico ineludible que, en definitiva, aporta una concluyente dosis de legitimación a las sentencias manipulativas. Es que, como en su momento expusiera elocuentemente CRISAFULLI, estas decisiones nacieron de una exigencia práctica y no de elucubraciones teóricas abstractas, pues la teorización vino después [*le sentenze manipolative sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche, la teorizzazione è venuta dopo*]³⁰⁶.

El profundo arraigo que en Italia han adquirido las sentencias manipulativas hace que, como con tino se ha explicitado, “ni los sectores más críticos hacia esta tipología decisonal pueden dejar de reconocer que se encuentran ante un hecho consumado difícilmente reversible, y ante el cual tan sólo es posible discutir los límites correctos de su uso por parte del T.C. [en referencia a la Corte Constitucional] o la concreta eficacia jurídica atribuible a estos pronunciamientos”³⁰⁷.

Desde el punto de vista político-institucional, las claves del éxito de las decisiones manipulativas, en el caso italiano, obedecen a la combinación de tres factores: *i*) la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática abocada a un

305 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 64.

306 CRISAFULLI, Vezio, “La Corte costituzionale ha vent'anni”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, fasc. 10, p. 1703.

307 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, CEPC, Madrid, 2003, p. 225.

desarrollo progresivo; **ii**) la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resabios protoliberales e incluso autoritarios; y **iii**) la paralela ineficacia del Parlamento para dar respuestas oportunas a las demandas de actuación de la Constitución y a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional³⁰⁸.

En esa *dinámica* un tanto *estática* de algunos órganos del sistema en la tarea de desarrollo de la Constitución (si se nos permite el *oxímoron*), la Corte Constitucional —al mostrarse relativamente más eficaz que aquellos y con mayor capacidad de respuesta rápida— terminó por adoptar un nuevo rol en el sistema, en cierto sentido alejado del guardián de la regularidad constitucional que KELSEN asignara a los tribunales constitucionales en general³⁰⁹.

308 *Ibid.*, pp. 229-230.

309 *Ibid.*, pp. 231-232.

CAPÍTULO

II

**LA VERTIENTE CLASIFICATORIA
DE LAS “ATÍPICAS O INTERMEDIAS”
COMO PRONUNCIAMIENTOS
“UNILATERALES Y BILATERALES”**

I. Exordio

Un sustancioso enfoque clasificatorio de las sentencias atípicas o intermedias las subdivide en *unilaterales* y *bilaterales*³¹⁰.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada inconstitucional. O sea, el tribunal, la corte o sala constitucionales intervienen *directamente* al efecto, v. gr., las aludidas sentencias *manipulativas* y, dentro de éstas, las *aditivas clásicas o puras*. En la doctrina italiana se dice que éstas son, por tanto, “*autoapplicative*”.

De su lado, las nombradas en segundo término suponen una interacción entre el órgano de cúpula de la justicia constitucional y el parlamento o congreso, o bien con la magistratura ordinaria. Incluso podrían denominarse *multilaterales* si involucraran, por ejemplo, a ambos órganos además del de justicia constitucional: el parlamentario y la judicatura ordinaria.

Dado que en el capítulo anterior hemos explicado con algún nivel de detalle las *manipulativas*, casos principales de sentencias *unilaterales*, en este sector del trabajo corresponde detenernos en las sentencias bilaterales, que —como vimos— en algún supuesto pueden ser multilaterales.

II. Subtipos de sentencias atípicas o intermedias bilaterales (o multilaterales)

Para ejemplificar, pueden enumerarse los siguientes casos de tales variantes decisorias.

1. Las ‘declaraciones de mera incompatibilidad’, de ‘inconstitucionalidad sin nulidad’ o de ‘inconstitucionalidad simple’

A riesgo de pecar de reiterativos, recordamos que una *sentencia “típica” estimatoria de inconstitucionalidad* en los sistemas concentrados (o con rasgos concentrados) de control de constitucionalidad, conlleva automáticamente *la nulidad* de la disposición enjuiciada.

310 AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, op. cit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, pp. 274 y ss.

En sentido inverso, las que analizamos aquí son resoluciones “atípicas” en las que, si bien el tribunal declara que la norma es portadora de ilegitimidad constitucional, se abstiene de determinar su nulidad, de ahí los nombres que se dan a esta tipología que se consignan en el rótulo de este subapartado.

Se trata de las decisiones que en *Alemania* se denominan *Unvereinbarkeitserklärung*. Reconocen un origen pretoriano en el seno del *BverfG*, aunque luego de semejante génesis jurisprudencial fueron objeto de normatización por medio de la modificación a la Ley del citado Tribunal Constitucional, operada el 21 de diciembre de 1970.

El procedimiento funciona de la siguiente manera: la norma enjuiciada es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*), dejando el tribunal espacio al legislador para que sea éste quien seleccione la/s manera/s de superar la violación de la Constitución, es decir, la situación inconstitucional configurada.

Como puede suponerse, esta tipología decisional busca en principio preservar la libertad de conformación del legislador.

En *España*, por su parte, al reformarse la Ley Orgánica del T.C. en 2007, finalmente naufragó la iniciativa de producir importantes modificaciones en la determinación de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, ámbito en el que —v. gr.— se proyectaba la positivación expresa de la *declaración de inconstitucionalidad sin nulidad*, que había sido ya utilizada pretorianamente.

Al respecto, la STC N° 45/1989 determinó un punto de inflexión en lo tocante a la *ruptura* de la conexión binomial inconstitucionalidad-nulidad. En ella, el T.C. examinó la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, concluyendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino la circunstancia de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor a la que correspondía a otro contribuyente con igual nivel de renta, aunque no integrado en una unidad de este tipo³¹¹.

En torno a la cuestión y en una aportación que conviene retener a los fines de nuestra investigación, FERNÁNDEZ SEGADO apunta: “A partir de aquí, el Juez constitucional señala que *la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto*

311 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, CEPC, Madrid, 2008, p. 182.

reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. Por lo demás, el Tribunal estima que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, el Tribunal concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa³¹².

Como consecuencia de tan significativa sentencia, el legislador acató la exhortación que le dirigiera el T.C., sancionando la Ley 20/1989 de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio.

Otro ejemplo de cumplimiento de la exhortación por el legislador (aunque ya tomándose mayor tiempo que en el caso de la STC N° 45/1989), se dio en el marco de la STC N° 236/2007, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad deducido en contra de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El legislador emanó la regulación tildada de inconstitucionalidad en la citada decisión del T.C., por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, reformativa de la aludida Ley Orgánica 4/2000.

No han sido ellas las únicas decisiones adoptadas por el T.C. español instrumentando la *inconstitucionalidad sin nulidad*. Pueden constatarse además, v. gr., las SS.TC. (pleno) N°s. 138/2005 y 273/2005.

La primera fue dictada el 26 de mayo de ese año y declaró inconstitucional el párrafo primero del art. 136 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezara a correr aunque el marido ignorara no ser el progenitor biológico de quien había sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil*. La segunda, pronunciada el 27 de octubre de 2005, determinó la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 133 del Código Civil, en la redacción de la citada Ley 11/1981, *en cuanto impedía al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado*.

Por lo demás, el T.C. ha emitido asimismo pronunciamientos que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o que difieren en el tiempo la nulidad, optando por una *vacatio sententiae*³¹³.

312 *Ibid.*, pp. 182-183.

313 *Ibid.*, p. 183.

En el fondo, la técnica sentencial de *inconstitucionalidad sin nulidad* pareciera obtener legítima justificación a partir del cumplimiento —entre otros— de los siguientes requerimientos³¹⁴:

- La necesidad de proteger el *principio de seguridad jurídica* y, así, evitar que la declaración de nulidad pueda crear *vacíos legislativos* que amenacen al ordenamiento jurídico.
- La exigencia de tomar en cuenta las *consecuencias políticas y sociales que derivarían de un pronunciamiento de nulidad de la disposición examinada*, como sucedería en los casos en que el disfrute de un derecho garantizado constitucionalmente dependiera de la efectiva presencia de un marco legislativo específico.
- La obligación de evitar que, como resultado del pronunciamiento del órgano máximo de justicia constitucional, *se produzca una situación menos conforme a la Constitución* que aquella que se tendría manteniendo provisoriamente en vigor la ley inconstitucional.

2. Las sentencias “apelatorias”

Denominadas *Appellentscheidungen* en Alemania, importan una autorrestricción de parte del Tribunal Constitucional, también como actitud de deferencia hacia el legislador democrático.

Formalmente, son decisiones *desestimatorias*, aunque el rechazo del acuse de inconstitucionalidad no es puro y simple.

En definitiva, el Tribunal mantiene la constitucionalidad de la norma analizada, aunque paralelamente efectúa una *apelación o llamada al legislador* para que la adecue a los requerimientos constitucionales.

Esta modalidad decisional ha sido muy frecuente en la praxis del *BverfG* y es también conocida en otros contextos, como el español, aunque allí su uso ha resultado cuantitativamente más modesto que en Alemania.

No obstante, en España las *apelaciones al legislador* en ocasiones acompañan a las sentencias en las que el T.C. declara la *inconstitucionalidad por omisión*. En otras palabras, éste detecta la inconstitucionalidad por *insuficiencia normativa* (equivalente a la categoría de la *omisión inconstitucional relativa*), aunque con frecuencia defiere en

314 Vid. PINARDI, Roberto, op. cit., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, pp. 38-39.

el legislador la implementación de la respuesta que el Tribunal diseña. Ello en función “de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (ver, *mutatis mutandis*, por ejemplo, la STC N° 55/1996 —F.J. 6— o la STC N° 273/2005 —F.J. 9—).

Ya un problema distinto —aunque no precisamente menor— es el del acatamiento por el legislador de las apelaciones que el T.C. le dirige ante la pretermisión de una obligación deparada constitucionalmente, tema que incluye la (compleja) búsqueda de vías idóneas para controlar o monitorear dicho cumplimiento.

3. Las sentencias “exhortativas”

A) *Denominación*

En el derecho y la jurisprudencia comparados, las denominaciones que se atribuyen a esta variante decisoria no son precisamente unívocas. Incluso ciertos intentos taxonómicos las homologan a las sentencias apelatorias, que brevemente abordáramos *supra*.

Es que, como ocurre prácticamente con todos los tipos sentenciales intermedios, estos suelen venir combinados con otras modalidades decisorias, con lo cual es tarea prácticamente imposible dilucidar y catalogar taxativamente a una sentencia atípica determinada dentro de un único y rígido molde, ya que el pronunciamiento en cuestión puede tener características que casen con elementos o aspectos de diferentes especímenes decisorios atípicos.

B) *Características generales*

a) Si visualizáramos a las sentencias exhortativas como un subtipo separado de las apelatorias, como creemos corresponde, y a modo de punto de partida, convendría acudir a la segunda entrada del *Diccionario de la Lengua Española* respecto del vocablo “exhortación”, donde dice: “advertencia o aviso con que se intenta persuadir”³¹⁵.

En principio, ello nos da una pista (como veremos, *sólo eso*) para descifrar el alcance y la naturaleza de las resoluciones exhortativas, como portadoras de una *persuasión*, no de una orden, al legislador para que dicte la ley reglamentaria de alguna materia contenida en la Constitución, o bien adapte a ésta la normativa ya existente.

315 Cfr. el aludido *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Real Academia Española (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

Dicho de otra forma, servirían de impulso para la sanción de nuevas normas o la complementación o el *aggiornamento* de otras ya reinantes.

Ciertamente es más sencillo postular un bosquejo *in abstracto* de las decisiones exhortativas que identificarlas empíricamente, ya que son polifacéticas y con intensidad variable desde que pueden contener un simple aviso al legislador, una sugerencia, una orientación, o bien modos coactivos más fuertes (e incluso con determinación de plazos) para impeler a aquel a conducirse conforme a las pautas fijadas por el Tribunal actuante.

Así, en ciertos casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, por ejemplo, acude al vocablo “*minaccia*”, es decir, “amenaza” que acompaña a la admonición, naturalmente entendida como una fuerte advertencia, para señalarle al legislador que si mantiene su inactividad, el Tribunal intervendrá nuevamente declarando esta vez, sin duda, *inconstitucional* la disposición impugnada y “salvada” de momento³¹⁶.

b) También si por vía de hipótesis se identificaran las “exhortaciones” con lo que en España se llaman “recomendaciones” al legislador, y ante una visión que otorgase a aquellas semejante espacio para desplegar su versatilidad, no caería mal recordar aquí el apego que en ese país FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (expresidente del Tribunal Constitucional que fue brutal y cobardemente asesinado en febrero de 1996) prodigaba a tales “recomendaciones”.

Las consideraba como “observaciones insertas en el razonamiento jurídico previo a la decisión, y que, aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan”. Para ejemplificar, delineaba un repertorio de tales medidas en la jurisprudencia de la primera década de funcionamiento del T.C., distinguiéndolas del siguiente modo³¹⁷:

- *Recomendaciones transaccionales*, por ejemplo, la STC N° 108/1986, acerca de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ—.
- *Recomendaciones cautelares*, v. gr., la STC N° 3/1983, sobre el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral —LPL— en punto a la obligación de consignar para el empresario recurrente en casación.

316 Ver sobre este último punto, ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 73.

317 TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, dentro de la parte titulada “El Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, pp. 101-111.

- *Recomendaciones correctivas*, por caso, la STC N° 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico —LOAPA—.
- *Recomendaciones orientadoras*, entre otras, la STC N° 49/1988, sobre la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros —LORCA—.
- *Otras recomendaciones* emitidas por el T.C. en aras de lograr la *igualdad material* consagrada en el art. 9.2 de la Constitución, citando en tal sentido a las SS.TC. N°s. 30/1984, 108/1986 y 99/1987.

c) Otra nota que describe la flexible amplitud de vertientes funcionales de las sentencias exhortativas radica en que ellas pueden aparecer tanto en decisiones *desestimatorias de la inconstitucionalidad* de la disposición enjuiciada, en cuyo caso tal vez el encargo al legislador aparezca como una salida alternativa a la determinación de inconstitucionalidad, o bien en *decisiones estimatorias* que declaran la inconstitucionalidad de la normativa analizada.

Incluso se llega a observar en ellas una vía provechosa para salvar las *omisiones inconstitucionales legislativas*. Este perfil se muestra fecundo, al menos en teoría, para que el órgano máximo de justicia constitucional de que se trate tienda líneas de *diálogo cooperativo* con el legislador.

Sin embargo, no se puede caer en la ingenuidad de pensar que las relaciones entre ambos departamentos del Estado (tribunal constitucional o corte de justicia y parlamento o congreso) son idílicamente pacíficas y lineales. Por el contrario, es usual que entre ellos existan tensiones y pujas de poder.

De ahí que uno de los problemas a los que se enfrentan las “recomendaciones” es el de su *efectividad*, que en más de una ocasión contrasta con la falta de voluntad del legislador. Como alega AHUMADA RUIZ, tal eficacia depende de la “*sensibilidad*” de éste³¹⁸.

A su tiempo, es en ocasiones el propio tribunal constitucional en cuestión el que se extralimita en la pormenorización y el detalle al vertebrar las “recomendaciones” al legislador.

Semejante cuestión se explica en el citado marco de disputa de poderes, por lo que —como plantea GARRORENA MORALES— termina sucediendo que tales recomendaciones “tiendan, a veces, a convertirse en lo que no son, en instrucciones

318 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El control de constitucionalidad de la omisión legislativa”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8, enero-abril de 1991, CEC, Madrid, p. 183.

detalladísimas que no dejan al Parlamento más tarea que la de dar a aquellas decisiones forma articulada³¹⁹.

Por ejemplo, fue lo que aconteció —siempre en la visión del autor citado en el párrafo anterior— con la sentencia del *BVerfG* de 29 de mayo de 1973 sobre cogestión en las universidades; o con las sucesivas decisiones italianas sobre radio-televisión, donde no sólo la Sentencia N° 225, de 9 de julio de 1974, tras anular ciertos preceptos de la legislación anterior, deparó al legislador siete (7) específicas recomendaciones a las que debía atenerse al redactar la nueva ley como condición de que el monopolio estatal en dicha materia se considerara constitucional, sino que, dos años después, la Sentencia N° 202, de 28 de julio de 1976, anuló por inconstitucional tal nueva ley —llegando a eliminar con ello el monopolio del Estado— por no ceñirse estrictamente a los criterios detallados por la citada Sentencia N° 225 de 1974³²⁰.

Una vez más vemos qué importancia ostentan la prudencia y el equilibrio desde ambos sectores, para evitar excesos y procurar canalizar constructivamente un diálogo que redunde en liberar el tránsito de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y la adecuada protección de los derechos fundamentales, sin desmedidas invasiones recíprocas en ámbitos competenciales ajenos.

d) En el caso italiano³²¹, se aprecia que su sistema de justicia constitucional no cuenta con un remedio específico contra la omisión del legislador entendida como “inactividad”, esto es, extrapolándolo al esquema wesseliano, la omisión absoluta.

A pesar de esta carencia, bien pueden darse casos en los que el control de constitucionalidad se resuelve en los hechos (aunque no en el plano teórico), en una evaluación de la inercia mostrada por el legislador en el establecimiento de normas que se consideran constitucionalmente necesarias.

En este sentido, son especialmente importantes los casos en que la Corte, aunque sin llegar a declarar la inconstitucionalidad, emite una “advertencia” (*monito*) al legislador, “invitándolo” a actuar para regular una determinada materia o asunto, a fin de eliminar situaciones de problemática compatibilidad (cuando no de radical incompatibilidad) con la Constitución.

319 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 24.

320 *Ibid.*, pp. 24-25.

321 Para todas las alusiones que se realizarán aquí se toma como referencia el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet consultada en su momento: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai). El texto también puede compulsarse en: www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XIV_Conferenza_Vilnius_2008.pdf).

Tales declaraciones, específicamente en las omisiones relativas, insertas en las decisiones de rechazo sobre el fondo del asunto o por cuestiones procesales (incluso a veces también en sentencias que portan un dispositivo de inconstitucionalidad), testimonian lo difícil que le resulta a la Corte disponer la nulidad de una disposición si constata la posibilidad que de tal nulidad pudieran sobrevenir, juntamente con vacíos en el tejido normativo, consecuencias perjudiciales para la coherencia del ordenamiento y/o para la protección de los derechos fundamentales.

C) Algunos casos de empleo de sentencias exhortativas en la jurisprudencia constitucional de ciertos países latinoamericanos

De modo telegráfico puede anticiparse que ellas han sido abundantemente utilizadas por la Corte Constitucional (C.C.) colombiana, el Tribunal Constitucional del Perú y hasta por el Tribunal Constitucional de Chile; no muy asiduamente usadas por la Suprema Corte de Justicia de México; e incipientemente activadas por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, aunque en casos relevantes.

a) Colombia

La C.C. las ha empleado con gran frecuencia³²², sirviéndose usualmente del vocablo “exhorto”. Nótese que ha acudido a tal modalidad ya desde los albores de su actividad funcional.

a.1) Así, en un lejano antecedente, la Sentencia C-473, de 27 de octubre de 1994 (Magistrado Ponente —M.P.— Alejandro Martínez Caballero), se enfrentó al álgido asunto de la huelga en los servicios públicos esenciales, constatando la inexistencia de una regulación legal posconstituyente sistemática de ese “trascendental tema”.

Dijo entonces que la falta de una regulación de la huelga acorde con la Constitución podía ser un motivo de conflictividad social, además de que tampoco debía dejarse de lado que la Constitución tiene fuerza normativa y ordena en su “artículo 56 que el Legislador debe definir los servicios públicos esenciales en los cuales no está garantizada la huelga. Definir estos servicios es pues un poder pero también un deber constitucional del Legislador como poder constituido” (cfr. ap. II: “Fundamento Jurídico”, subap. 12: “Exhorto al Congreso para una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales en un tiempo razonable, por la importancia del tema y el mandato del artículo 56 de la Constitución”).

322 Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia aquí abordadas o nombradas, pueden ubicarse en www.corteconstitucional.gov.co.

Por tales motivos consideraba “vital que el Congreso, en un plazo razonable, expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución” (id.), *procediendo a exhortarlo en tal sentido*.

Advirtió que con la modalidad de exhorto que utilizaba no desbordaba su competencia ni invadía la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, “el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales. Pero la ausencia de normas transitorias que prolonguen de manera indefinida las regulaciones legales preconstituyentes en este campo, la protección del derecho de los trabajadores y de los usuarios, así como el carácter normativo de la Constitución obligan a la Corte a efectuar este exhorto”, para guardar la “integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241 de la C.P.) [id.].

Aclaró que el exhorto no debía ser visto “como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado (C.P. art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas (C.P. art. 2º). En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales. [...] No es pues extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecúe el orden legal a la Constitución en materia de derechos constitucionales” (sic, id.).

Por fin, puntualizó que el tipo de exhorto que emitía no era en manera alguna una innovación doctrinaria suya o de la sentencia que profería, “sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del Legislador. Esto explica que la mayoría de los tribunales constitucionales establezcan formas similares de exhortos con el fin de armonizar tales principios y tomar en cuenta los efectos sociales de las decisiones constitucionales” (id.). En esa línea, recordó los casos del Tribunal Constitucional alemán, en cuanto a la adopción de estos exhortos bajo la forma de “resoluciones de aviso” o “admonitorias”, y del Tribunal Constitucional español, que había actuado en el mismo sentido.

a.2) Mucho tiempo ha transcurrido y una praxis activa en la materia se ha cristalizado en derredor de los “exhortos al Legislador”.

Entre las últimas decisiones más importantes de la tipología que examinamos no puede omitirse siquiera una apretada alusión a la Sentencia C-577, dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 26 de julio de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo

Mendoza Martelo), que abordó un tema socialmente muy sensible: los derechos de las personas del mismo sexo.

En la causa se ventilaba la demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el art. 113 del Código Civil, en el inc. 1° del art. 2 de la Ley 294 de 1996 y en el inc. 1° del art. 2 de la Ley 1.361 de 2009.

Básicamente, el Tribunal declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el art. 113 del Código Civil; decidió no pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, ubicada en la misma norma, e hizo lo propio acerca de la expresión “de un hombre y una mujer” que figura en los arts. 2 de la Ley 294 de 1996 y 2 de la Ley 1.361 de 2009; y, en lo que aquí interesa destacar principalmente, *exhortó* al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que las afecta, determinando que si a la fecha indicada no se hubiera expedido la legislación correspondiente, “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Aclaró la Corte que en esta última hipótesis el Congreso conservaba su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, “pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional” (ap. VI.: “Consideraciones de la Corte”, subap. 7: “Exhorto dirigido al Congreso de la República”).

En síntesis, el firme *exhorto* en cuestión dirigido al legislador se complementó con un plazo de cumplimiento para la sanción de la normativa pertinente, señalándose la consecuencia que sobrevendría en caso de que aquel no cumpliera con el encargo que le enviaba la Corte.

Sin perjuicio de ello y como el Tribunal había realizado en otras sentencias, destacó que, “como siempre, el exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el *déficit*

de protección que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, *la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la regulación que respetuosamente se le solicita*” (id.).

Luego, y en rápida síntesis, la historia continuó de la siguiente manera:

- El Congreso de la República dejó vencer el plazo fijado por la C.C. y no dictó la legislación pertinente, que debería haber sido sancionada antes del 20 de junio de 2013. Concretamente, en abril de ese año el proyecto para materializar la legalización del matrimonio igualitario fue rechazado en el Senado de la República en votación en sesión plenaria, con lo cual naufragó la iniciativa.
- No pocos piensan que ello sucedió porque el Congreso no deseaba asumir el costo político de semejante normativa, ya que fuertes sectores de la sociedad rechazan el matrimonio de personas del mismo sexo.
- Se generó una fuerte disputa dialéctica en la que, entre otros actores, intervinieron el Procurador General de la Nación (absolutamente refractario al matrimonio de homosexuales) y el Fiscal General, legisladores, ONG, notarios y representantes de la Iglesia Católica.
- Dada la conflictividad del asunto, diversos notarios se negaron a consagrar las uniones de personas de igual sexo.
- Un poco más de un mes después de haber fenecido el plazo establecido por la C.C., concretamente el 24 de julio de 2013, la jueza 67 Civil Municipal, Carmen Lucía Rodríguez, consagró la primera boda civil: una pareja de hombres homosexuales que convivían desde veinte años atrás. La jueza, que según algunas informaciones no usó la palabra “matrimonio” para definir la unión conyugal que celebraba, recibió numerosas críticas y presiones y, de hecho, fue denunciada ante el Consejo Superior de la Judicatura.
- Por su parte, el que para algunos fue en realidad el primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo (dos hombres), realizado el 20 de septiembre de 2013 por el juez 48 Municipal de Bogotá, fue declarado nulo el 2 de octubre del mismo año por el juez 39 Civil del Circuito de Bogotá, que admitió una acción de tutela contra tal celebración matrimonial propiciada por la Procuraduría General de la Nación en coordinación con la Fundación “Marido y Mujer”. No obstante, la validez del matrimonio fue posteriormente restituida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.
- Es preciso aclarar que uno de los elementos que problematizó aún más la situación se dio porque la C.C. en la Sentencia C-577/11 había señalado que, fenecido el plazo

impuesto al Congreso sin que este emanara la legislación correspondiente, “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a *formalizar y solemnizar su vínculo contractual*”, con lo cual surgieron discrepancias interpretativas en torno a si ello implicaba o no habilitar el matrimonio de sujetos de igual sexo. En otras palabras, el dilema era: ¿matrimonio igualitario o “unión solemne”?

- Finalmente, y en una atmósfera cargada de incertidumbre jurídica, se plantearon numerosas tutelas para que se aclararan los alcances de la sentencia citada en el párrafo anterior, dos de las cuales (según información que data de febrero de 2014³²³) fueron seleccionadas por la C.C. para ser analizadas en Sala Plena³²⁴, con lo cual será el máximo órgano jurisdiccional constitucional colombiano el que, reabriendo el debate, termine por definir el contenido y los perfiles y contornos de tan sensible asunto.

b) Perú

Dentro del espectro de las sentencias atípicas o intermedias, las *exhortativas* parecieran ser las cuantitativamente más empleadas por el Tribunal Constitucional (T.C.) de ese país.

Además se las ha usado tanto en el marco de procesos que han concluido en la declaración de inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, como en otros que no han determinado tal anticonstitucionalidad.

b.1) Entre numerosos casos, por ejemplo, en Expte. N° 004-2004-CC/TC, el Tribunal dejó en claro que las recomendaciones emitidas al legislador carecen de imperatividad.

323 Véase la nota “Corte Constitucional reabre el debate sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo”, RCN La Radio, 19 de febrero de 2014; fuente: www.rcnradio.com/noticias/corte-constitucional-reabre-el-debate-de-la-union-de-parejas-del-mismo-sexo-118641.

324 Uno de los casos corresponde a una pareja de igual sexo a la que un notario se negó a casar argumentando que el Congreso no había legislado esa materia y que la C.C. sólo otorgó a los notarios competencia para establecer un vínculo contractual. La pareja que recurrió sostiene que semejante negativa vulnera sus derechos fundamentales como el de reconocimiento de la personalidad jurídica, al impedirles la modificación de su estado civil de solteros a casados, el derecho a constituir una familia y protegerla y el derecho a la dignidad humana.

En el segundo caso, la tutela circula por el carril contrario, ya que fue articulada por la Procuraduría General de la Nación que persigue la declaración de nulidad del matrimonio entre Julio Albeyro Cantor Borbón y William Alberto Castro, es decir, aquel celebrado el 20 de septiembre de 2013 por el juez 48 Municipal de Bogotá, que —como vimos— luego fue anulado por el juez 39 Civil del Circuito de Bogotá y posteriormente restaurado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Sobre el punto, ver por ejemplo la nota “La Corte Constitucional de Colombia, obligada a despejar la incertidumbre jurídica sobre el matrimonio igualitario”, 26 de febrero de 2014; fuente: www.dosmanzanas.com/2014/02/la-corte-constitucional-de-colombia-obligada-a-despejar-la-incertidumbre-juridica-sobre-el-matrimonio-igualitario.html.

b.2) Por su parte, CASTRO CRUZATT alude a la sentencia recaída en Expte. N° 0009-2008-PI/TC, en la que la *exhortación sirvió como una opción para evitar la declaración de inconstitucionalidad*. Se trata de una sentencia desestimatoria en la que el T.C. se abstuvo de analizar las observaciones formuladas contra las normas enjuiciadas y se limitó a *exhortar* al Congreso a debatir y decidir diversos proyectos de ley que pretendían introducir modificaciones en el régimen legal cuestionado en sede constitucional. A juicio de la autora citada, el Tribunal no incluyó encargos precisos para la actuación del legislador, su decisión operó como una alternativa a la declaración de inconstitucionalidad y por ello consideró cuestionable el temperamento adoptado. Agrega que el T.C. denotó “su afinidad con la opción política plasmada en la ley. La actuación política se despliega aquí a partir de lo que el Tribunal silencia y no de lo que señala expresamente”³²⁵.

b.3) La observación de la praxis del T.C. muestra que éste utiliza principalmente el retraso de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, al que añade una *exhortación* al legislador por medio de la cual procura estimular la modificación de la materia regulada por la ley inconstitucional.

b.4) Se ha señalado que la primera oportunidad en la que el Tribunal recurrió a esta técnica y dirigió una *exhortación al legislador* fue a propósito de la expedición de la sentencia sobre legislación antiterrorista de 3 de enero de 2003. Una de las tres exhortaciones incluidas en este complejo pronunciamiento se asociaba a dicha figura y buscaba impulsar la actuación diligente del legislador. Concretamente, declaró inconstitucional la disposición que regulaba el delito de traición a la patria por lo que, al amparo de las normas constitucionales y legales vigentes, era posible que las personas condenadas en aplicación de dicha legislación solicitaran la revisión de sus procesos (tramitados de acuerdo con normas inconstitucionales) y obtuvieran la excarcelación. Ante tal situación potencialmente riesgosa para la seguridad interna del Estado, el T.C. decidió postergar la eficacia de su declaración de inconstitucionalidad mediante la técnica de la *vacatio sententiæ, encomendando al legislador* el dictado de la regulación pertinente dentro de un lapso de tiempo *breve y razonable*. La regulación estuvo a cargo del Gobierno, previa delegación de facultades por parte del Congreso. Todo lo anterior corresponde a la sentencia recaída en Expte. N° 010-2002-AI/TC³²⁶.

325 CASTRO CRUZATT, Karin, “El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador, el caso peruano”, *Revista Derecho del Estado*, N° 27, julio-diciembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 159, nota 11 a pie de página.

326 *Ibid.*, pp. 166-167, nota 33 a pie de página.

c) Chile

El Tribunal Constitucional (T.C.) desde muy temprano acudió a ellas.

c.1) Por ejemplo, en la sentencia de 5 de abril de 1988 (Rol N° 53), al examinar en control preventivo de constitucionalidad la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, verificó la existencia de un cúmulo de significativos vacíos, juzgando necesario *hacer presente* a la entonces Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, dicha ley con las materias indicadas en los respectivos considerandos de la sentencia.

El T.C. había constatado algunos puntos específicos que no aparecían suficientemente regulados, lo que si bien *no permitía, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconsejaba hacerlos presente*, “con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental”.

c.2) En un pronunciamiento posterior, de 3 de noviembre de 1992 (Rol N° 155), el T.C. efectuó una exhortación al legislador en el marco del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, en relación con el escrutinio para elegir a los consejeros regionales.

d) México

La Suprema Corte de Justicia no suele acudir muy asiduamente a *sentencias exhortativas*, pero ha pronunciado algunas.

Una de ellas resulta interesante *per se*, pero además porque *se vincula con la inconstitucionalidad por omisión*. Se trata en concreto de la controversia constitucional 4/2005, Poder Judicial del Estado de Tlaxcala (M.P. José Ramón Cossío Díaz), México D.F., Sentencia del Tribunal pleno correspondiente al 13 de octubre de 2005, donde dijo en su parte pertinente:

“Por tanto, el Congreso del Estado de Tlaxcala ha incurrido en una *omisión legislativa de carácter absoluto* en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio, ya que tenía la obligación constitucional de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las disposiciones de la Constitución Federal, a más tardar el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, y no lo hizo, resaltando aún más, que a la fecha tampoco lo ha realizado. Así, *con esta omisión legislativa absoluta se actualiza una violación directa a la Constitución Federal*, ya que el legislador del Estado de Tlaxcala, con su inactividad respecto de la actualización de su normativa local a las disposiciones de la Constitución Federal, ha quebrantado la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso

constitucional que le impuso el Poder Reformador de la Constitución en el artículo segundo transitorio de la reforma de mil novecientos ochenta y siete y, por tanto, al no haberse adecuado la normativa estatal a las disposiciones de la Constitución Federal, concretamente a lo establecido por el artículo 116, fracción III, resulta claro que este precepto constitucional es transgredido, ya que en el Estado de Tlaxcala no se han hecho efectivas sus disposiciones con lo que se impide su plena eficacia.

“En virtud de lo anterior [...], *conminamos al Congreso del Estado de Tlaxcala para que a la brevedad posible dé cumplimiento al mandato constitucional* a que se ha venido haciendo referencia y proceda a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, adecuándolas a los principios establecidos en el artículo 116, fracción III, de la Constitución Federal”.

Más adelante, específicamente en el título decimosexto, capítulo III, retomaremos esta controversia constitucional.

e) Argentina

A su tiempo, la CSJN las ha empleado en causas de gran relevancia e interés públicos. Así ha actuado, por ejemplo, en fallos como los dictados en “Verbitsky, Horacio”³²⁷, el citado caso “Badaro” I y II, “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9.080”³²⁸ y “E, A. L. s/ Medida autosatisfactiva”³²⁹.

e.1) En “Verbitsky”, de 3 de mayo de 2005, trasuntó una percepción amplia y despojada de formalismos en materia de legitimación procesal activa, al admitir por primera vez un hábeas corpus correctivo y colectivo articulado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debía desarrollarse en centros de detención especializados.

Mayoritariamente³³⁰ la Corte reivindicó su rol institucional y emitió un fallo trascendente (aun cuando de dificultoso cumplimiento *in totum*), entre otros aspectos, porque —activismo judicial mediante— diagramó un mecanismo jurisdiccional para *combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga en que incurrierán las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal*, y que —según el consid. 39 del voto triunfante— resultaban violatorias, v. gr., de:

327 Fallos, 328:1146.

328 Fallos, 332:1963.

329 Fallos, 335:197.

330 La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el juez Boggiano y, también disidentemente —aunque sólo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- El art. 18 de la C.N., que en su parte pertinente dispone: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.
- El art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH): todo individuo “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.
- El art. 10.1 del PIDCP: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.
- El art. 5.2 de la CADH, norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término.

En definitiva, pronunció una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado Provincial, y —compendiando al máximo los contornos del decisorio— declaró que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley N° 24.660³³¹, configuran el estándar básico infranqueable al que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana; y *exhortó* a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a *adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a las pautas constitucionales e internacionales*.

e.2) Los dos pronunciamientos recaídos en la citada causa “Badaro” resultan muy interesantes pues en cierto punto la Corte *encadena la detección de una omisión legislativa inconstitucional con exhortaciones a los poderes Ejecutivo y Legislativo* para que procedan a dictar las medidas pertinentes a los efectos de garantizar el derecho a la movilidad de los beneficios previsionales.

e.3) En “Arriola”, de 25 de agosto de 2009, la Corte³³² declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23.737³³³, por conculcar el art. 19³³⁴ de la C.N.,

331 B.O. de 16 de julio de 1996.

332 La posición que encabeza el fallo fue suscrita por los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

333 B.O. de 11 de octubre de 1989.

334 El aludido art. 19 de la C.N., 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”.

en la medida en que invadía la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales y “en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (consid. 36 del voto que encabeza el decisorio).

Por lo demás, *exhortó* a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país.

e.4) Por último, en “F, A. L.”, el 13 de marzo de 2012, por mayoría³³⁵ la Corte Suprema dictó una resolución que contiene la interpretación de una norma del Código Penal (sobre aborto no punible) *con efectos generales*, por lo que obviamente el decisorio presenta un *valor exógeno* y transmite un claro mensaje a jueces y demás operadores jurídicos, además de otras autoridades públicas y profesionales de la salud. Incluso *exhortó a la prefiguración y puesta en práctica de políticas públicas* para efectivizar las pautas sentadas en el pronunciamiento.

Concretamente, realizó una exégesis del art. 86, inc. 2°, primera parte de aquel Código, que dispone que el “aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: [...] 2° *Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”.

Una simplificación extrema de la cuestión nos lleva a recordar solamente que el Tribunal sostuvo que el supuesto de aborto no punible contemplado en dicho segmento del artículo *comprende al que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, ello en virtud de la interpretación amplia del precepto legal* (consid. 18, párrafo 1°).

En definitiva, *exhortó* a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.

335 Integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, mientras que en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

Confluyentemente, *exhortó* al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente³³⁶.

4. Las sentencias “aditivas de principio” y/o las “sentencias-delegación”. Las sentencias “aditivas con parte dispositiva genérica” o “decisiones meramente declarativas”

A) *Las sentencias “aditivas de principio”. Las “sentencias-delegación”*

En cuanto a las *aditivas de principio*, tuvimos ya ocasión de introducir ciertas consideraciones explicativas que se unirán a otras que brindaremos en este subapartado.

Ya con relación a las segundas (*sentencias-delegación*), para algunos autores constituyen un subtipo de las primeras, mientras que otros se inclinan por la identidad entre ambas.

En cualquier caso, ellas comparten el hecho de haber sido gestadas por la Corte Constitucional italiana con un doble objeto: de un lado, *superar la inercia del Parlamento*, si hubiese tornado inocuas las admoniciones más o menos persuasivas que hubo de dirigirle el Tribunal; y, del otro, evitar verse obligada a dirimir el proceso con una decisión de inadmisibilidad simple o manifiesta ante la existencia de un zona reservada a las opciones discrecionales del legislador³³⁷.

GROPPi proporciona una interesante disquisición sobre el funcionamiento de las sentencias *aditivas de principio* (entrelazadas con las *sentencias “de delegación”*). Su visión del tema puede explicarse del siguiente modo: tal como sucede en las sentencias *aditivas “clásicas”*, se declara inconstitucional una disposición por aquello que no prevé algo, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas sino *principios*, a los que el legislador tendrá que dar actuación en disposiciones con carácter *erga omnes*. En la motivación de tales decisiones, la Corte dicta los principios en los cuales deberá inspirarse el legislador y, en algunos casos, fija un plazo dentro del cual deberá

336 La citada exhortación ha sido recibida de modos muy diversos en las provincias argentinas. Así, a manera de ejemplo y en su momento, en *Córdoba* un juez de primera instancia (en fallo confirmado por la cámara de apelaciones) declaró la nulidad del protocolo dictado por el Poder Ejecutivo provincial en la parte que se refería a la mujer violada, no así cuando existía grave riesgo para la vida o la salud de la madre; en *Mendoza*, el gobernador provincial sostuvo que el protocolo médico debía ser sancionado por una ley y no por el Ejecutivo; y en *Entre Ríos* se dictó la Resolución N° 974 MS (B.O. de 4 de mayo de 2012), por la que se aprobó la “Guía de Procedimiento para la Atención de Pacientes que soliciten Prácticas de Aborto no Punibles”.

337 Ver ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, pp. 74-75.

hacerlo. Así, se combinan en el mismo instrumento decisional el contenido de una *verdadera y propia sentencia aditiva* con una *sentencia “de delegación”*, conciliándose la inmediatez de la estimación del planteo de inconstitucionalidad con el respeto por el radio de discrecionalidad legislativa³³⁸.

La autora italiana citada advierte que el aspecto más innovador de este tipo de sentencias aparece frente a la *inactividad del legislador*, ya que en este caso corresponderá a *todos los jueces* dar vigencia a la sentencia de la Corte Constitucional, en concreto e *inter partes*. Añade que “[t]al papel de los jueces de transformar los principios individualizados de la Corte en reglas del caso concreto *es explicitado en algunas sentencias aditivas de principio, que contienen expresa referencia a la posibilidad de que, ante la desidia del legislador, el juez intervenga*. Pero también cuando la motivación no contiene alguna mención del papel de los jueces, y parece dirigirse sólo al legislador, quedará intacto el espacio para la actuación en vía judicial. Al punto que, si en referencia a este tipo de sentencia, el juez nuevamente propone la misma cuestión, haciendo notar la desidia del legislador, la Corte la declara inadmisibile, recordando que *es tarea del juez remediar la omisión en el caso concreto*”³³⁹.

En definitiva y como corolario de tal tipología sentencial, puede observarse cómo se activa (o puede activarse) un circuito de interacción de la Corte Constitucional, el legislador y los jueces ordinarios.

Encontramos un ejemplo que permite visualizar la dinámica práctica de estas variantes decisorias en la Sentencia N° 243, de 19 de mayo de 1993. En ella, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones objetadas en el particular, remitiendo a la motivación para lo concerniente a “los principios y los plazos” de la misma, además de advertir que no podía continuar con las admoniciones, ya que “una resolución que una vez más remitiera la superación de estas situaciones, que inciden sobre valores constitucionales, a la intervención del legislador, solicitada inútilmente desde hace mucho, *no podría no aparecer [...] como abdicación de las funciones del Juez de la ley*³⁴⁰, y *no podría no resolverse en la protección no ya de la discrecionalidad del legislador, sino de su inactividad*”³⁴¹.

338 GROPPI, Tania, “Corte Constitucional y principio de efectividad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, Porrúa e IIDPC, trad. de Eduardo Ferrer MacGregor, México, D.F., p. 205.

339 *Ibid.*, pp. 205-206.

340 Aunque tal vez resulte sobreabundante la aclaración, para evitar cualquier confusión es preciso tener en cuenta que, cuando en Italia se habla de “*giudice delle leggi*” (juez de las leyes) se hace referencia a la *Corte Constitucional*.

341 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 75.

Luego de descartar en el caso tanto el dictado de una decisión meramente anulatoria como de una aditiva que sustituyera la intervención del legislador, pronunció una “*sentenza delega*”, por medio de la cual admitió la pretensión y determinó la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, mas en lo relativo a la eficacia de tal declaración, hizo una remisión a los “principios” y sobre todo a los “plazos” indicados en la motivación.

B) Las sentencias “*additive di meccanismo*” o “*additive a dispositivo generico*”

Para concluir este capítulo, nos referiremos brevemente a un tipo particular de decisiones aditivas. Aludimos a las denominadas *sentenze “dichiarative”, “additive di meccanismo”* o “*additive a dispositivo generico*”, según las individualizaciones que proporciona PARODI, quien las ha estudiado detenidamente³⁴².

Se trata de decisorios que aparecen un tanto *difusos*, porque pese a contar con un fallo de *corte aditivo*, no determinan con precisión ni la disposición inconstitucional, ni la disposición omitida. En el fondo, son decisiones estimatorias, esto es, que declaran la inconstitucionalidad de la disposición objetada, mas lo hacen por medio de un dispositivo aditivo indeterminado y genérico³⁴³.

Esta *variante decisional se emplea para afrontar una preterición legislativa*, decidiendo la inconstitucionalidad de disposiciones indeterminadas y genéricas, y modulando *pari passu* una solución de análogo tenor de indeterminación y generalidad³⁴⁴.

Para proponer un acercamiento taxonómico, PARODI utiliza como elemento de diferenciación la *posibilidad o la imposibilidad de concretización jurisprudencial de la sugerencia contenida en el fallo aditivo genérico*.

Si ella fuera susceptible de semejante concretización, sería una “*sentencia aditiva de principio*” en sentido propio; si no lo fuera, se estaría ante una decisión que en cierto punto podría considerarse como “*meramente declarativa*”³⁴⁵.

342 Para todas las apreciaciones que respecto de tal modalidad sentencial efectuaremos en el texto, se seguirá la elaboración de PARODI, Giampaolo, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

343 *Ibid.*, por ejemplo, en pp. 23 y ss.

344 *Ibid.*, pp. 160 y ss.

345 *Ibid.*, pp. 253 y ss.

CAPÍTULO

III

**LA MODULACIÓN DE LOS
EFECTOS DE LAS SENTENCIAS
CONSTITUCIONALES**

I. Introducción

La temática de la modulación de los efectos de los pronunciamientos de los órganos de justicia constitucional adquiere una gravitación muy intensa.

Se vincula a varios de los puntos abordados anteriormente al examinar las sentencias atípicas o intermedias. Además, no pocas cuestiones ya presentadas vienen a insertarse directamente en el polifacético campo de la regulación de los efectos jurídicos y pragmáticos de tales dispositivos decisorios.

Mutatis mutandis y en referencia al contexto español (pero con valencia exógena), se ha afirmado que más allá de purismos dogmáticos la posibilidad de modular los efectos de la nulidad —lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad— en la práctica lo refuerza, ya que permite que el tribunal actúe con mayor libertad al poder enlazar la declaración de inconstitucionalidad, cuando ésta es necesaria, con la ponderación, no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales³⁴⁶.

En realidad, las modalidades que muestra la jurisprudencia constitucional comparada son incontables y cada escenario jurídico presenta sus propios dispositivos adecuados a las respectivas realidades jurídicas.

Sin perjuicio de tal amplitud, algunas variantes se repiten, aunque no sin matices. Por ejemplo, pueden contabilizarse enunciativamente las ya nombradas sentencias que *retrasan sus efectos para dar tiempo a la intervención del legislador*, o las que declaran que *la ley “todavía es constitucional”* (o que *“todavía no es inconstitucional”*), siendo estas últimas también conocidas como decisiones que declaran la *constitucionalidad precaria* de la ley enjuiciada.

Una precisión adicional: como puede suponerse, el asunto que examinaremos adquiere especial realce en los sistemas de control concentrado o con rasgos centralizados. Ello no significa, por cierto, que su relevancia se diluya o evapore en escenarios regidos por modelos difusos de fiscalización constitucional, en los que —por vía de principio— la declaración de inconstitucionalidad de la ley no produce efectos *erga omnes* y naturalmente no genera su expulsión del sistema. Sin embargo, es claro que la problemática en análisis recepta una significación no tan intensa como la que se le adjudica en los espacios jurídicos referidos en primer término.

346 VIVER PI-SUNYER, Carles, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 94.

A continuación y luego de detenernos en las particularidades que al respecto ofrecen ciertos contextos jurídicos europeos, repasaremos sucintamente sólo algunos de los muy numerosos y variopintos mecanismos graduatorios de los efectos de las sentencias, fundamentalmente estimatorias de inconstitucionalidad, en general forjados jurisprudencialmente.

Después y para cerrar el presente capítulo, mostraremos cómo la práctica moduladora ha impactado en tribunales, cortes o salas constitucionales o cortes supremas de justicia de América, concediéndonos un espacio más extendido para presentar la interesante experiencia colombiana.

II. Apreciaciones contextuales respecto de ciertos ámbitos europeos

1. Preliminar

No es demasiado novedoso mencionar que en Europa, también — aunque posteriormente— en Latinoamérica, cada sistema ofrece sus propias particularidades en relación con el tema de los *efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad*.

Ciñéndonos aquí al ámbito europeo y partiendo en líneas generales de la existencia de un control concentrado de constitucionalidad, las variantes son numerosas e importantes.

Sin pretensión alguna de exhaustividad, analizaremos seguidamente ciertos escenarios en relación con el tópico específico que nos convoca, el que a su vez se inscribe en uno más general: el de *los efectos de las sentencias constitucionales*.

2. Algunas normatizaciones constitucionales y legales y manifestaciones jurisprudenciales en Austria (con breves alusiones a otros países), España, Italia y Alemania

A) Austria

La sentencia de inconstitucionalidad se considera “constitutiva”, por tanto, sus efectos son —además de *erga omnes*— *ex nunc*, esto es, hacia delante (*pro futuro*). Sin

mayor esfuerzo se observa aquí la impronta de KELSEN³⁴⁷, quien aseguraba que semejante solución era la que mejor se ajustaba a los requerimientos de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el art. 140.5 de la Constitución austríaca habilita al Tribunal Constitucional a aplazar los efectos de la sentencia estimatoria, o sea, de anulación (*Aufhebung*), por un lapso máximo de dieciocho (18) meses (“*Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten*”).

Otros ordenamientos jurídicos europeos que contienen disposiciones afines, fijando *plazos máximos* para la entrada en vigor de la declaración de inconstitucionalidad, son —v. gr.— las constituciones de *Turquía* (1982), que en su art. 153, párrafo 3º, estipula un (1) año; y *Polonia* (1997), que establece una dualidad de plazos en su art. 190, inc. 3º: dieciocho (18) meses para las leyes y doce (12) para los otros actos normativos.

Análoga facultad aparece también, aunque sin especificar un plazo determinado, por ejemplo, en el art. 100.4 de la Constitución de *Grecia*, que habilita al Tribunal Especial Superior, receptor de competencias para ejercer control de constitucionalidad, a fijar la fecha en que la disposición inconstitucional dejará de producir efectos; y en el art. 132.2 de la Constitución de *Albania*, que habilita al Tribunal Constitucional a establecer la fecha en que su sentencia de inconstitucionalidad adquirirá fuerza³⁴⁸.

Volviendo al caso austríaco, el propósito subyacente a semejante retraso de los efectos radica en permitir al legislador que pueda subsanar el vicio o la incongruencia de la disposición enjuiciada dentro del plazo que le marca el Tribunal Constitucional. En palabras de GARRORENA MORALES, se trata de las llamadas “sentencias de eficacia aplazada” o “de eficacia retardada”, categorías en las que ubica a la Resolución de 19 de diciembre de 1972³⁴⁹.

B) España

El principio es la aplicación *ex tunc* de los efectos de los fallos estimatorios de inconstitucionalidad (y, por tanto, anulatorios) del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de no pocas excepciones declaradas por éste en el marco de sus correctamente autoasignadas atribuciones para modular las consecuencias de los citados pronunciamientos.

Aquel postulado surge del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que dispone: “Cuando la sentencia *declare la inconstitucionalidad, declarará*

347 KELSEN, Hans, en “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public*, Vol. 45, 1928, pp. 218-219.

348 Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 1354.

349 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 21.

igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

El art. 40.1, *Ibid.*, se cuida de advertir que “[l]as sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley *no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales”.*

Como quedara expuesto, el máximo órgano de justicia constitucional cuenta en su acervo jurisprudencial con varios pronunciamientos en los que se hace patente el quiebre de la inescindibilidad de la inconstitucionalidad-nulidad, sorteando así una eventual aplicación de la pauta temporal *ex tunc* que por diversas razones pudiera resultar perjudicial (por ejemplo, las SS.TC. N^{os}. 13/1992 y la ya citada y muy significativa 45/1989).

Asimismo, se observan diversos decisorios en los que se determina la continuidad aplicativa de una ley declarada inconstitucional hasta que el legislador sancione una nueva legislación ajustada a los parámetros establecidos en la sentencia del Tribunal Constitucional (v. gr., con matices, se inscriben en esta línea las SS.TC. N^{os}. 19/1987, 36/1991, 222/1992, 61/1997, 195/1998 y 208/1999). Tal temperamento, como hemos puntualizado, normalmente enraíza en la necesidad de evitar una situación que resulte más disvaliosa aún que la que se pretende corregir con el dispositivo tildado de anticonstitucional.

Se ha incluido también como medio para soslayar los efectos *ex tunc*, el criterio de necesidad “de evitar daños financieros relevantes” al fisco, señalándose para ejemplificar la nombrada STC N^o 13/1992, que tuvo en cuenta tales aspectos al momento de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos de 1987 y 1988. El fallo de referencia giraba en torno a la pretensión de Cataluña en punto a que se declarasen inconstitucionales las mencionadas leyes de presupuestos generales del Estado (Ley 33/1987, de 23 de diciembre, y Ley 37/1988, de 28 de diciembre). Así, en el F.J. 17, al precisar el alcance concreto que debía atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias, el Tribunal dejó en claro que la anulación de éstas “*podría suponer graves perjuicios y perturbaciones*”, por lo que —como ya hiciera en la STC N^o 75/1989— “*el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»*”³⁵⁰.

350 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, N^o 178, enero-abril de 2009, CEPC, Madrid, pp. 364-365 y nota 3 a pie de página.

En síntesis, pese a la inexistencia de normas expresas, el Tribunal Constitucional español ha aplicado técnicas decisionales que le han permitido atemperar el impacto que la declaración de inconstitucionalidad pudiera provocar en el desarrollo ordenado del sistema normativo. De tal modo, gradúa los efectos de sus resoluciones para adecuarlas a las exigencias concretas de racionalización del ordenamiento jurídico.

Además, ha incursionado en el dictado de sentencias interpretativas (admisorias y desestimatorias); dentro de éstas, por ejemplo, aditivas clásicas o puras. Asimismo, ha pronunciado decisiones aditivas de principio, recomendaciones al legislador y decisiones de mera inconstitucionalidad (sin nulidad). Retomaremos el tema más adelante, específicamente al tratar las respuestas jurisdiccionales que dicho Tribunal ha suministrado frente a las omisiones inconstitucionales.

Para finalizar este sucinto repaso contextual de España, no puede omitirse siquiera una mínima alusión a la fallida positivación expresa de la facultad del Tribunal para modular los efectos de sus pronunciamientos admisorios de inconstitucionalidad.

Actualmente, la citada LOTC 2/1979, de 3 de octubre, tiene su texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a las leyes orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, 1/2010, de 19 de febrero, y 8/2010, de 4 de noviembre.

Líneas arriba transcribíamos el contenido del art. 39.1 de la LOTC. Sobre el particular corresponde hacer notar que en dicha redacción no se tuvo en cuenta que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC (presentado en el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2005), prefiguraba de la siguiente manera el texto del art. 39.1 de dicha ley:

“1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados.

“No obstante, *motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años*”.

Desafortunadamente, del texto final aprobado de lo que resultó ser la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, con la que se reformó la LOTC, *se evaporó* la literalización de la facultad del Tribunal en punto a modular en el tiempo los efectos de la nulidad, previsión que hubiese sido recomendable mantener para fortalecer la legitimidad de su accionar en tal sentido.

C) *Alemania e Italia*

En estos dos países, en principio, la decisión constitucional se visualiza como meramente “declarativa” de una nulidad ya existente *ex Constitutione*, y que, por tanto, es anterior a la propia sentencia y genera efectos retroactivos (*ex tunc*), lo cual pone sobre la mesa de discusión la compleja problemática de determinar qué relaciones o situaciones jurídicas habrán de quedar fuera de aquel efecto *pro praeterito* del pronunciamiento en cuestión.

En *Alemania*, el art. 78 de la Ley del *BVerfG* constriñe a declarar la nulidad de la ley juzgada inconstitucional. Sin embargo, es evidente que tal criterio no puede aplicarse sin matizaciones y evadiendo principios básicos del Estado Constitucional, como los de *razonabilidad y seguridad jurídica*. Así, aquella premisa de retroactividad resulta inaplicable, por ejemplo, respecto de *relaciones jurídicas ya consolidadas*.

En el sentido expuesto y como elucidación de carácter global (es decir, con valencia que trasciende el espectro jurídico germano), se ha sostenido que se imponen semejantes limitaciones que dan lugar “en general, a que *se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable*. Así, el artículo 79, Ley del Tribunal Constitucional alemán, posibilita pedir la revisión de una condena penal cuando se funde en una regla de derecho penal material declarada inconstitucional, al tiempo que permite oponerse a una ejecución forzosa de una decisión basada en una ley contraria a la Constitución”³⁵¹.

En *Italia*, por caso, no son alcanzadas por este efecto *pro praeterito* las *relaciones jurídicas agotadas y de efectos fenecidos* (lo que podría traducirse así: *rapporti giuridici esauriti e di effetti estinti*), conclusión que surge de una interpretación *a sensu contrario* del art. 30, inc. 3°, de la Ley N° 87 de 1953.

Manteniéndonos en el contexto jurídico italiano, se verifican ciertas particularidades que han propiciado la creación de modalidades experimentales de graduación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad.

Así, se puede comprobar la existencia de un esquema muy rígido, tipificado en los inicios del funcionamiento de la Corte Constitucional por ciertos elementos, *a priori*, muy rigurosos: *i*) la producción de efectos automáticamente caducatorios de la ley enjuiciada por virtud de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad; y

351 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, p. 1341.

ii) tal como apuntábamos, la eficacia *ex tunc* de esta determinación de ilegitimidad constitucional.

Semejante combinación puso en perspectiva la necesidad de generar mecanismos de flexibilización de la primigenia severidad de los efectos temporales de aquellos pronunciamientos estimatorios.

Como se ha dicho, con ello la Corte Constitucional se propuso conjugar de una manera más adecuada “el principio de constitucionalidad y el de continuidad del ordenamiento, respetando la ‘gradual’ ejecución de los valores constitucionales y evitando dar lugar a situaciones de mayor inconstitucionalidad. Y todo ello reduciendo los ‘costes’ económicos y políticos que el impacto de las sentencias constitucionales producían en el sistema”³⁵².

3. Algunas modalidades decisorias

A) *Sentencias que difieren la declaración de inconstitucionalidad*

Ya vimos cómo esta tipología genérica de pronunciamientos de *eficacia diferida* opera en diversos ámbitos del contexto europeo (por ejemplo, los casos austríaco, español, alemán e italiano), cada uno con sus peculiaridades; a cuyas respectivas caracterizaciones remitimos por razones de brevedad. En consecuencia, es muy poco lo que puede añadirse aquí sobre el particular.

Tal vez valga recalcar que la posibilidad de retrasar los efectos del pronunciamiento estimatorio de anulación (*Aufhebung*) tiene cobertura constitucional en *Austria*, sobre la base del art. 140.5 de su Constitución³⁵³. Tal aplazamiento no puede exceder el espacio temporal de dieciocho (18) meses, ampliación de plazo instrumentada por medio de la Ley federal constitucional, *BGBI*, 1992/276.

Ya como producto de la plasmación pretoriana, tanto *Alemania*, como *Italia* y *España*, con distinto nivel de desarrollo (superior en los dos primeros, inferior en el último), tal actividad moduladora ha sido utilizada con frecuencia, aplicando varias modalidades, y con alcances y efectos también diferentes.

Pese a lo manifestado en el párrafo anterior, en *Alemania* el *BVerfG* puede, por ejemplo, recostarse en el art. 35 de su ley regulatoria, que le acuerda la atribución de

352 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 335.

353 Puede ampliarse en SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, pp. 1-51, en esp., pp. 35 y ss.; también en ERMACORA, Felix, “El Tribunal Constitucional austríaco”, op. cit., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, pp. 274, 282 y 287-288.

disponer, en casos individuales, las modalidades de ejecución (*die Art und Weise der Vollstreckung*) de sus propios pronunciamientos.

Como colofón general, puede conjeturarse que normalmente la posposición de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se conecta con el resguardo del principio de separación de poderes y el convencimiento de que, en ciertas circunstancias y paradójicamente, en nombre del respeto y la protección de la Constitución, la inconstitucionalidad inmediata de las normas podría provocar una violación de los principios y valores que ella abriga y promueve.

B) Técnica italiana del “doble pronunciamiento” (*doppia pronuncia*)

Una de las vías de aplicación del dispositivo que anuncia el título arranca con el dictado por la Corte Constitucional de una decisión de *rechazo* (*di rigetto*) precario de la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, con una advertencia “fuerte” a modo de ultimátum al legislador.

En los fundamentos de este pronunciamiento anticipa la postura que asumiría en caso de que la cuestión fuese nuevamente planteada sin que el vicio constatado en la parte motiva de la sentencia hubiese sido corregido por el legislativo. Preanuncia así que, de darse la citada situación (conservadora del *statu quo* inconstitucional), procederá directamente a la declaración de nulidad de la disposición *sub exámine* por medio de una segunda sentencia, que obviamente será *estimatoria* (*di accoglimento*).

La técnica de la *doppia pronuncia* blandida por la Corte Constitucional en ocasiones se ha dado en un contexto de relaciones conflictivas con los jueces ordinarios, quienes en ciertas situaciones se han “rebelado” contra las sentencias interpretativas dictadas por aquella (sobre todo cuando dichos jueces han considerado que tales decisiones afectan el sentido de los términos de la ley ordinaria) y han desobedecido (o no han acatado cabalmente) los productos de las operaciones hermenéuticas del órgano de cierre de la justicia constitucional.

En el marco de lo que algunos han denominado la “guerra de las dos Cortes” (Constitucional y de Casación), que pareciera saldarse de antemano en contra de los jueces ordinarios, GARRORENA MORALES³⁵⁴ puntualiza que la Corte Constitucional emplea “esa especie de técnica *overruling* que es la *doppia pronuncia*, esto es, el reforzamiento de una sentencia interpretativa *di rigetto* (si ello fuera necesario porque el juez ordinario o los demás aplicadores del Derecho no se conformaran a su doctrina) con una posterior sentencia interpretativa de estimación o *di accoglimento*”.

354 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “La sentencia constitucional”, p. 26.

De su lado, PINARDI se refiere a la *doppia pronuncia* como una *secuencia lógico-jurídica* en la cual a una sentencia interpretativa desestimatoria le sigue la adopción de una sentencia interpretativa estimatoria. Como ejemplos clásicos de tal técnica, enuncia las siguientes decisiones: N° 26 de 1961 respecto de la N° 8 de 1956, N° 52 de 1965 que siguió a la N° 11 del mismo año, N° 156 de 1971 en conexión con la N° 129 de 1963, N° 49 de 1971 acerca de la N° 9 de 1965 y N° 172 de 1976 referida a la N° 171 de 1972³⁵⁵.

C) *Sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida*

Del marco jurídico constitucional italiano puede predicarse que cuenta con un abigarrado reservorio de creaciones doctrinarias y pretorianas en materia de sentencias interpretativas y, dentro de éstas, principalmente de pronunciamientos “manipulativos”, que han adquirido una intensa magnitud.

También, como hemos podido apreciar y entre otros interesantes instrumentos, han brotado de allí tanto fórmulas de graduación de los efectos temporales de las decisiones estimatorias de inconstitucionalidad, como intentos de adaptación de técnicas foráneas a las particularidades del entorno vernáculo.

Justamente en este particular esquema se enmarca la categoría sentencial contenida en el título que precede a estas líneas. Así, las *decisiones de inconstitucionalidad sobrevenida* —de ellas se trata— aparecen con fuerza pero también con reticencias de parte de algún destacado sector doctrinal, a fines de la década de los ochenta del siglo pasado.

Básicamente consisten en la inclusión en el pronunciamiento estimatorio de cláusulas que expresamente limitan la operatividad retroactiva de la anulación de la ley enjuiciada y que hasta pueden hacer coincidir la eficacia anulatoria con la fecha de publicación de la sentencia. Como explica MARTÍN DE LA VEGA, dos son “los factores determinantes de la figura: el intento de objetivar una causa que, aparecida tras la entrada en vigor de la ley, vuelve a ésta inconstitucional, y el entendimiento diacrónico de la disposición, ‘como conjunto de sucesivas normas en el tiempo’, lo que permite configurar a la sentencia como un pronunciamiento de estimación parcial”³⁵⁶.

Con posterioridad a la recepción por la Corte Constitucional de esta fórmula decisional gestada doctrinariamente, y al calor de ciertas influencias autorales, se pasó a distinguir entre una *inconstitucionalidad sobrevenida* ‘*stricto sensu*’ y aquellos

355 PINARDI, Roberto, op. cit., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, pp. 102-103 y nota 131 a pie de página.

356 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 408.

supuestos en que la limitación de la retroactividad obedece a una ponderación (*bilanciamento*) de valores constitucionales, supuesto este último en el que el Tribunal podría moverse con mayor discrecionalidad, aunque por lo mismo y *pari passu*, vería incrementadas las exigencias de justificación y sus posibles límites³⁵⁷.

III. El tema en el contexto americano

1. Aclaración previa

En este sector traeremos algunos ejemplos de graduación de los efectos de las sentencias atípicas o intermedias pronunciadas por los tribunales, las cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia americanos.

En general, estos han desarrollado diversas variantes sirviéndose directa o indirectamente de los antecedentes que al respecto ofrece la praxis de sus homólogos europeos. Naturalmente, siempre corresponde partir de la premisa que indica que cada escenario jurídico tiene sus propias particularidades, necesidades y urgencias, por lo que no pueden establecerse patrones o paradigmas universales.

Un estudio exhaustivo sobre el particular resultaría imposible aquí, por lo que sólo nos ceñiremos a brindar algunas referencias para graficar la cuestión. Sí dedicaremos un espacio mayor a una interesante técnica sentencial de diferimiento de los efectos de la inconstitucionalidad que ofrece el acervo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana.

2. La Suprema Corte de Justicia de EE.UU. y las “sentencias prospectivas”

Como advertencia previa, cumple evocar que la temática de las sentencias interpretativas en EE.UU. se desplaza a una dimensión muy diferente de la que de ellas se tiene en la Europa continental.

Como afirma LÓPEZ BOFILL, en aquel país “el problema no es que la Corte Suprema proceda a la reconstrucción de la ley enjuiciada por vía interpretativa, *sino que lo decisivo continúa siendo la legitimidad de la Corte para establecer lo que dice la Constitución*”³⁵⁸.

357 Ídem.

358 LÓPEZ BOFILL, Héctor, op. cit., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, p. 235.

El citado autor pasa a mostrar una lista de dificultades asociadas al fenómeno de las sentencias interpretativas, como se conocen en Europa, que —según entiende— podrían explicar por qué éstas carecen de interés para el jurista norteamericano. Así, apunta a: el *stare decisis*, la ‘*construction*’ versus la interpretación, el control concreto de constitucionalidad y la doctrina de la evitación (*avoidance doctrine*), sobre la que volveremos, pero ya para realizar una breve referencia a alguna sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina en la que ha sido aplicada.

Pese al diverso interés, cuantitativo y cualitativo, que ostenta la discusión sobre las sentencias atípicas o intermedias en Europa (también en distintos sitios de Latinoamérica) *vis-à-vis* EE.UU. (aquí centrado, particularmente, en las sentencias interpretativas), corresponde dedicar siquiera unas breves líneas a un tópico de interesante calado en el ámbito de la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales: las denominadas “*sentencias prospectivas*”.

Justamente la génesis de éstas puede ubicarse en el seno de la *Supreme Court of Justice* norteamericana. Naturalmente, no tienen eficacia retroactiva, sino que producen efectos *pro futuro* quedando fijado en las mismas el plazo en que ello ocurrirá.

Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia de EE.UU. a la resolución pronunciada en *Linkletter v. Walker*, de 1965³⁵⁹, “que rompe conscientemente con el ‘*principle of absolute retroactivity invalidity*’, por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende ‘*the purpose to be served by the new standards*’”³⁶⁰.

Como consigna FERNÁNDEZ SEGADO, el nombrado precedente tuvo “particularísima importancia” al introducir “un punto de inflexión en su doctrina sobre la nulidad *ab initio*”. Desarrolló, así, una postura en función de la cual podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada *rule of criminal law*³⁶¹. En *Linkletter*, entendió que la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo (“*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*”), inspirándose en la

359 381 U.S. 618 (1965).

360 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, op. cit., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 181, nota 124.

361 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, p. 187.

autorizada voz del *Justice* Cardozo, para quien la Constitución federal no se expide sobre la materia (“*the Federal Constitution has no voice upon the subject*”).

Con posterioridad a *Linkletter*, la Suprema Corte norteamericana reiteró su tesis en *Stovall v. Denno*, de 1967; y en cierto sentido, también en *Chevron Oil Co. v. Huson*, de 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA ha ponderado el instrumento sentencial que reseñamos al considerar que amplía notablemente el radio de acción de la jurisdicción constitucional sobre las leyes; hace viable un ajuste sucesivo y cada vez más afinado de las normas que componen el ordenamiento por los valores constitucionales, con lo que, concluye, se está en presencia de “una ampliación de la eficacia práctica de la Constitución”, ensanche que entiende considerable y oportuno³⁶².

La tipología de *sentencias prospectivas*, engendrada como vimos en EE.UU., se ha transmitido (y expandido) en Europa no sólo (aunque sí principalmente) en los tribunales constitucionales, ya que ha sido aplicada por el (entonces) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo (v. gr., “Defrenne”, de 1976), actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa³⁶³, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), localizado en Estrasburgo.

En este supuesto, por ejemplo, *in re* “Marckx vs. Bélgica”, de 13 de junio de 1979, caso en el que al determinar la incompatibilidad de la legislación belga sobre la filiación natural con el art. 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el TEDH concluyó que, aunque a la época de redacción de la Convención la diferenciación entre familia “natural” y familia “legítima” pudiera haber sido considerada lícita en muchos países europeos, la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones contemporáneas, teniendo en cuenta la evolución del derecho interno en gran parte de los Estados Miembro del Consejo de Europa, hacia la igualdad entre hijos “naturales” y “legítimos”. En síntesis, juzgó contraria a la Convención la desigualdad padecida (por motivo de nacimiento) en el acceso a los derechos sucesorios (cfr. art. 14 de la Convención, conjugado con los arts. 8, *Ibid.*, acerca de la vida privada y familiar, y 1 del Protocolo N° 1, relativo al derecho de propiedad).

362 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 61, CEC, Madrid, 1989, pp. 15 y ss.

363 Ver *Diario Oficial de la Unión Europea*, 17 de diciembre de 2007.
El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

3. Tribunal Constitucional del Perú

A) En cierto punto ligado al asunto que tratábamos al finalizar el apartado anterior, el Tribunal Constitucional peruano ha empleado la técnica de la *eficacia prospectiva del precedente vinculante* (*prospective overruling*) en el Expte. N° 0090-2004-AA/TC (caso Callegari Herazo), sentencia del pleno jurisdiccional fechada el 5 de julio de 2004. Aquí fijó el diferimiento en la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

B) Asimismo, se refirió al *prospective overruling* en el Expte. N° 0024-2003-AI/TC (caso Municipalidad Distrital de Lurín), sentencia de 10 de octubre de 2005 del pleno jurisdiccional, donde expuso que *los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida*.

C) En el fallo pronunciado por el pleno jurisdiccional el 12 de agosto de 2005, en el Expte. N° 3.361-2004-AA/TC (caso Álvarez Guillén), empleó el mecanismo del *prospective overruling* respecto de los casos relacionados con los procesos de evaluación y ratificación de magistrados efectuados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Tal precedente vinculante fue dejado sin efecto, por mayoría³⁶⁴, mediante el fallo del pleno jurisdiccional recaído en Expte. N° 01412-2007-PA/TC (caso Lara Contreras), de 11 de febrero de 2009.

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

A) Sin ser formalmente un tribunal o corte constitucional, como en los casos de Perú y Colombia, entre otros, la Corte argentina también ha venido explorando *modalidades atípicas de pronunciamientos constitucionales con gradación de sus efectos*.

B) Dos ejemplos interesantes en tal sentido son los fallos recaídos en las causas “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”³⁶⁵, de 29 de marzo de 2005; y “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ Recurso de casación”³⁶⁶, de 23 de mayo de 2007.

364 Por la mayoría, votaron los magistrados Vergara Gotelli (con fundamento de voto), Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda (con fundamento de voto); mientras que en votos singulares, disintiendo de la mayoría, lo hicieron los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos.

365 Fallos, 328:566.

366 Fallos, 330:2361.

a) En “Itzcovich” declaró por mayoría³⁶⁷ la inconstitucionalidad (sobreviniente) del art. 19 de la ya aludida Ley N° 24.463, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social³⁶⁸.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables³⁶⁹, sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el art. 117 de la Ley fundamental de regular la competencia por apelación de la Corte, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para *graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría). En línea con ello y en orden a evitar la retrogradación de los procesos, decidió que las causas en las que ya hubiera sido notificada la sentencia de Cámara, con anterioridad al momento en que el fallo “Itzcovich” quedara firme, debían continuar su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad determinaba (id. consid.).

Por su parte, la fuerza inductora del fallo se torna nítida porque (además de haber sido éste publicado en el *Boletín Oficial*) pocos días después de su dictado, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.025³⁷⁰, por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley N° 24.463.

367 El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

368 Ver para ampliar, BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero-junio de 2006, Porrúa e IIDPC, México, D.F., 2006, pp. 257-287.

369 Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expuso en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizadora por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3°, párrafo 2°).

370 B.O. de 22 de abril de 2005.

b) En la causa “Rosza” la Corte Suprema se vio enfrentada a una problemática de alta sensibilidad: *la situación jurídica de los jueces subrogantes en Argentina*³⁷¹.

La causa era controversial y, entre diversos puntos conflictivos que exhibía, ponía al Tribunal en aprietos para seleccionar qué camino adoptar para superar una situación dilemática, siempre que (contrariamente a lo postulado por los dos ministros discrepantes —ya veremos cómo quedó integrada la mayoría y la minoría—) se decantara por la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones según Resolución N° 76/2004 del Consejo de la Magistratura.

Así, de un lado, podía disponer la anticonstitucionalidad con nulidad de aquel régimen subrogatorio —con efecto retroactivo— y con ello dejar sin efecto la designación del juez que entendió en la causa en cuestión y mantener la declaración nulificatoria de su accionar en dicho proceso, lo cual constituiría un criterio con potencialidad extensiva a todos los procesos tramitados por jueces suplentes. O, por la senda contraria, podía efectivizar tal fiscalización constitucional mas con efectos *pro futuro*, admitiendo la validez de los nombramientos efectuados bajo aquel sistema y de las actuaciones practicadas y que se realizaran hasta el cese de las razones que originaron sus designaciones, o bien su remplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido.

La discusión envolvía ingredientes no precisamente insignificantes como, por citar sólo algunos, la garantía del juez natural o la prefiguración de las consecuencias que podría aparejar establecer una interpretación que condujera a dejar sin efecto las múltiples actuaciones procesales de los magistrados subrogantes. Consciente del problema y a pesar de anticipar que la sentencia apelada no era definitiva —puesto que no impedía la prosecución del proceso, ni se pronunciaba de modo final sobre el fondo del asunto—, la consideró equiparable a tal para habilitar la vía del recurso extraordinario federal, ya que de los antecedentes de la causa surgía que la *garantía del juez natural* se encontraba tan severamente cuestionada que el problema exigía una consideración inmediata, estimando el Tribunal que el caso que resolvía era la única oportunidad para la tutela adecuada de aquella garantía³⁷² (consid. 4° de la mayoría).

Sin duda, la Corte estaba ante un “caso difícil” (temática a la que ya aludiéramos), si se acudiera referencialmente a la identificación categorial que emplean algunos

371 Ver BAZÁN, Víctor, “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

372 Citó como antecedentes al respecto, los registrados en *Fallos*, 316:826; 328:1491, entre otros.

autores, como DWORKIN³⁷³. En palabras de ATIENZA, el “caso difícil” presupone una contraposición entre principios o valores que ha de resolverse mediante una operación de ponderación, en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo³⁷⁴.

En efecto, si se decantaba por la solución que finalmente adoptó, se exponía a críticas tales como la posibilidad de incurrir en contradicción al tildar inconstitucional el reglamento de subrogancias del Consejo de la Magistratura y paralelamente conservar la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes, censurándola por omitir analizar la nulidad genérica y absoluta que ello provoca en el proceso penal.

A su tiempo, si recurría a la opción contraria declarando la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias *ex tunc* o con efecto retroactivo y haciendo caer todas las actuaciones de los jueces suplentes, podría ser cuestionada por provocar un caos institucional, paralizar u obstruir en buena medida la administración de justicia, retrogradar múltiples procesos, comprometer la seguridad jurídica, mostrarse desconectada de la realidad o desentenderse imprudentemente de las consecuencias jurídicas, políticas e institucionales que una decisión de tal magnitud podía desencadenar.

El caso presentaba ribetes dilemáticos, con principios y valores diversos en situación de confluencia conflictiva, como distintas eran las respuestas que la Corte podía articular en función del modo como leyera la base fáctica particular de la causa, se posicionara ante la situación general en que aquella estaba inmersa y evaluara previsoramente y equilibradamente los efectos derivables de la opción que finalmente se decidiera a escoger.

Al respecto, por mayoría³⁷⁵, dirimió la cuestión del modo que sigue:

373 No es precisamente ésta la ocasión para extendernos en el tema. Baste sólo con recordar aquí el atractivo y profundo debate en torno a la solución de los “casos difíciles” entre Herbert HART y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald DWORKIN.

374 Cfr. ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 1ª ed., 3ª reimpres., Fontamara, México, D.F., 2003, p. 197.

Es interesante el análisis que el autor citado efectúa en torno a los “casos trágicos”, esto es, un tipo de caso difícil que se presenta como un verdadero dilema, donde cualquiera sea la respuesta que se seleccione, no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (*Ibid.*, pp. 194, 195, 196, 198 y otras).

375 La mayoría quedó conformada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente votó el juez Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los ministros Zaffaroni y Argibay.

Estos dos cortistas, separándose de sus colegas, consideraron prudente desechar la inconstitucionalidad del sistema de subrogancias establecido vía resolución por el Consejo de la Magistratura y propiciar, en cambio, un escrutinio riguroso por parte de los tribunales de alzada sobre el desempeño de los

- En lo particular, descalificó por *inconstitucional* la Resolución N° 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación, por conducto de la cual había sido designado el magistrado suplente que entendió en el proceso en cuestión, mas confirmó la declaración de validez de las actuaciones cumplidas por el Consejo al amparo del régimen reputado inconstitucional.
- Ya con efecto exógeno general, decidió mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes hubieran sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encontraban vacantes hasta que cesaren las razones que originaron su nombramiento o hasta que fueran remplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el *plazo máximo de un (1) año*.
- Dispuso a sus efectos *poner la sentencia en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, el Congreso y el Consejo de la Magistratura*.

En la construcción argumental diseñada aparece explicitada la respuesta que se veía constreñida a asumir para resguardar la seguridad jurídica, sortear una eventual retrogradación de innumerables procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia.

En suma, desarrolló su faena institucional de control de constitucionalidad diagramando una *sentencia “atípica” de inconstitucionalidad con diferimiento de sus efectos*. Esto es, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegasen sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente.

Debe resaltarse que el fallo tuvo *efectos inductores* porque, dentro del plazo fijado en el mismo, el Congreso dictó la Ley N° 26.376³⁷⁶ que, más allá de haber sido blanco de fuertes críticas, regula ciertos aspectos de la problemática referida.

5. La Corte Constitucional de Colombia y las sentencias de “constitucionalidad temporal” o “inexequibilidad diferida”

A) Preludio

La Corte Constitucional de Colombia (C.C.), a nuestro juicio uno de los órganos de clausura de la jurisdicción constitucional más prestigiosos de Latinoamérica

jueces subrogantes, a fin de que refuercen el control sobre sus decisiones en los casos en que pudieran configurarse perturbaciones a la independencia con que debe funcionar el Poder Judicial (consid. 6°).
376 B.O. de 5 de junio de 2008.

(aunque con niveles no siempre idénticos de “progresismo”), ha incursionado ya desde hace bastante tiempo en la técnica decisoria que anuncia el epígrafe, que viene a ubicarse en el ámbito temático de la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales.

B) Pautas y exigencias para su aplicación

Algunas de las directrices y exigencias que debe cumplir para emitir válidamente tal tipología de pronunciamientos y armonizar, así, sus efectos temporales, surgen básicamente de la relevante Sentencia C-737 de 2001 (que retomaremos), siendo luego reiteradas en otras resoluciones, por ejemplo, la C-720 de 2007 y la C-366 de 2011 (que también repasaremos).

Tales directrices y exigencias consisten en que:

- i) Se justifique debidamente esa modalidad de decisión.
- ii) Aparezca nítidamente en el expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso.
- iii) Se explique por qué es más adecuado recurrir a una *inexequibilidad diferida* que a una *sentencia integradora* (técnica decisoria a la que volveremos), para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el legislador en la materia y qué tan lesivo de los principios y valores constitucionales sería conservar en el sistema a la disposición acusada.
- iv) Se fundamente la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

Por lo demás, la C.C. también se ha ocupado de advertir que:

- Su empleo tiene carácter excepcional, lo que explica que recurrir a tal técnica debe justificarse (“soportarse”) expresamente (cfr., v. gr., Sentencia C-252 de 2010).
- Su aplicación por el Tribunal no debe estar sujeta a valoraciones políticas y de conveniencia sino a un estudio profundo sobre sus consecuencias; debiendo ser la única alternativa posible que haga viable la defensa integral del orden constitucional.

C) Señales jurisprudenciales de referencia para el trazado conceptual de la técnica sentencial en estudio

a) Un punto inicial de referencia de esta modalidad decisional puede localizarse en la *Sentencia C-221 de 1997*³⁷⁷, de 29 de abril, por la que se declaró la *constitucionalidad temporal por un plazo de cinco (5) años* del literal ‘a’ del art. 233 del Decreto N° 1.333³⁷⁸ de 1986.

Paralelamente, se exhortó al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el art. 360 de la Constitución y con la libertad democrática que le era propia, definiera en el plazo de cinco (5) años el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no estuviera sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional.

De ser expedida dentro de este término la correspondiente ley, el citado precepto del Decreto N° 1.333 sería inexecutable, en el supuesto de no haber sido derogado por aquella. Por último, vencido el plazo señalado y en caso de que el Congreso no hubiera establecido el correspondiente régimen de regalías para la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos, la aludida norma del Decreto N° 1.333 sería inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de tales elementos quedaría sometida al régimen general de regalías definido por el art. 18 de la Ley N° 141 de 1994.

b) Otro jalón importante de la Sala Plena de la C.C. es la *Sentencia C-737 de 2001*³⁷⁹, de 11 de julio, que estableció que los efectos de la inexecutable declarada quedaban diferidos “hasta el 20 de junio de 2002”, a fin de que el Congreso —dentro de la libertad de configuración que le era propia— expidiera el régimen que subrogaría a la Ley N° 619 de 2000³⁸⁰.

377 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

378 Cláusula que en su parte pertinente disponía:

“Los concejos municipales y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los siguientes impuestos, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender los servicios municipales:

“a) Impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo y el aprovechamiento legítimo de las minas y de las aguas”.

379 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

380 Se trata de una ley cuyo proyecto original adoptado por la Cámara de Representantes constaba de sólo tres artículos, mientras que el finalmente aprobado comprendía un número mucho mayor de preceptos. Además, la propuesta primigenia pasó de llamarse ley “por la cual se establecen los criterios y mecanismos para la distribución equitativa de unas asignaciones directas de regalías petroleras” a otra denominación muy diversa: ley “por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”. En otras palabras, se engrosaba intensamente, no sólo en el plano cuantitativo sino también en el cualitativo, el contenido de la proposición legislativa en cuestión.

En este pronunciamiento, el Tribunal conceptuó a la *sentencia de inexecutable diferida* o de *constitucionalidad temporal* como “aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría «una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales»” (Fundamento —F.— 40).

c) Tal esbozo conceptual debe acoplarse a lo que previamente la Sala Plena de la C.C. había señalado en la *Sentencia C-112 de 2000*³⁸¹, de 9 de febrero, acerca de que — en mérito a una situación del tenor descrito en el párrafo anterior— puede establecerse un *plazo prudencial para que el legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada* (F. 17).

En efecto, luego de preguntarse a qué tipo de sentencia debía recurrir cuando verificaba que una regulación era inconstitucional, pero que no sería posible retirarla del ordenamiento porque la decisión de inexecutable generaría un vacío legal que era constitucionalmente más grave (F. 16), aclaró que podía acudir a una *inconstitucionalidad diferida*, o *constitucionalidad temporal*, o a una *sentencia integradora*.

En el caso concreto³⁸², optó por esta última posibilidad³⁸³, llenando la propia C.C. el vacío legal que producía la declaración de inexecutable de la disposición acusada, para lo que aportaba un nuevo mandato que la sentencia integraba al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal (F. 17).

381 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

382 En el caso, analizó la executable o inexecutable del art. 126 del Código Civil, según la modificación del art. 7 del Decreto N° 2.272 de 1989, declarándolo executable con excepción de la expresión “de la mujer”, que determinó inexecutable, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (arts. 13 y 43 de la Constitución), el juez competente para celebrar el matrimonio era el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes, a prevención. Paralelamente, declaró inexecutable algunas expresiones del art. 131 del Código Civil y, a su vez, executable la frase “*El matrimonio se celebrará ante el Notario del Círculo del domicilio de la mujer*” contenida en el inc. 1°, del art. 1 del Decreto N° 2.668 de 1988, con excepción de la expresión “*de la mujer*”, que juzgó inexecutable, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (citados arts. 13 y 43 de la Constitución), el notario competente para celebrar el matrimonio era el notario del círculo del domicilio de cualquiera de los contrayentes, a prevención.

383 La modalidad de decisión integradora ya había sido empleada por la C.C. en la *Sentencia C-113 de 1993* (M.P. Jorge Arango Mejía). En ella examinó la constitucionalidad del art. 21 del Decreto N° 2.067 de 1991, según el cual los fallos de la Corte sólo tendrían efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policial y disciplinaria y en el caso previsto en el art. 149 de la Constitución. La Corte retiró del ordenamiento esa disposición, entendiendo que la ley no podía regular los efectos de sus fallos ya que esa competencia correspondía a la Constitución o, en su defecto, a la propia C.C. El decisorio en cuestión no se limitó a declarar la inexecutable del precepto sino que estableció un contenido sustituto, ya que precisó que correspondía a la Corte fijar los efectos de sus fallos.

D) Recorrido jurisprudencial

Con el objeto de profundizar en algunos aspectos de esta tipología sentencial y mostrar la nutrida variedad de tópicos en que se la ha empleado, relevaremos a continuación, por supuesto sin ánimo de taxatividad, la casuística de la C.C.

En general, respetaremos la secuencia cronológica de fallos, la que sólo abandonaremos cuando sea necesario abordar pronunciamientos conectados temáticamente.

a) En la *Sentencia C-700 de 1999*³⁸⁴, de 16 de septiembre, la C.C. declaró *inexequible* en su totalidad una importante cantidad de artículos del Decreto N° 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estructuraban el sistema de las UPAC (Unidades de Poder Adquisitivo Constante).

Por lo demás, *difirió hasta el 20 de junio de 2000 los efectos del decisorio*, a condición de que en forma inmediata se diera estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por la C.C. en *Sentencia C-383 de 1999*³⁸⁵, de 27 de mayo, sobre la fijación y la liquidación de los factores que incidían en el cálculo y el cobro de las UPAC.

b) En la *Sentencia C-1.541 de 2000*³⁸⁶, de 8 de noviembre, la C.C. determinó la *inexequibilidad del art. 12 del Código Procesal del Trabajo*, subrogado por el art. 25 de la Ley N° 11 de 1984, por consagrar un régimen diferenciado de competencias —tanto en términos de instancias como de cuantías— en la jurisdicción laboral, que resultaba violatorio del derecho a la igualdad.

El Tribunal dispuso *diferir los efectos del fallo hasta el 20 de junio del año 2001*. Por ende, el art. 12 del Código Procesal del Trabajo, declarado inexequible, solamente podría ser aplicado hasta esa fecha. Durante tal período, el legislador debía expedir la disposición legal que remplazara a la declarada inconstitucional, haciendo efectivos el principio de igualdad y los demás derechos y cánones constitucionales.

384 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

385 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En tal pronunciamiento, la C.C. juzgó que la determinación del valor en pesos de la UPAC “procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”, como lo establecía el art. 16, literal f, de la Ley N° 31 de 1992 en la parte acusada, era inexequible por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significaba que no podía tener aplicación alguna, tanto en relación con la liquidación, a partir del fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que hacía a los créditos futuros, pues la sentencia era “de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 21 del Decreto N° 2.067 de 1991.

386 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

c) En la *C-141 de 2001*³⁸⁷, de 7 de febrero, declaró inexecutable el art. 21 del Decreto N° 2.274³⁸⁸ de 1991, quedando *diferidos los efectos del pronunciamiento por un término máximo de dos legislaturas*, a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le era propia, expidiera el régimen que permitiría la progresiva transformación de los corregimientos departamentales en municipios, o su incorporación a municipios existentes.

d) Por la *C-620 de 2001*³⁸⁹, de 13 de junio, *se declaró la inexecutable de los arts. 382 a 389 de la Ley N° 600 de 2000* (por la cual se expedía el Código de Procedimiento Penal), y para evitar expulsar del ordenamiento el régimen del hábeas corpus, *se aplazaron hasta el 31 de diciembre de 2002 los efectos de la sentencia*, estableciendo que antes de esa fecha, el Congreso de la República *debía regular el derecho fundamental de hábeas corpus y los recursos y procedimientos para su protección por medio de Ley Estatutaria*³⁹⁰.

e) Aunque quebramos la línea cronológica, corresponde insertar aquí una sumaria referencia a la *Sentencia C-818 de 2011*³⁹¹, emitida por la Sala Plena el 1 de noviembre, pues presenta puntos de contacto con la C-620 de 2001 a la que acabamos de aludir.

En la C-818 de 2011, la C.C. afrontó cargos de inconstitucionalidad contra los arts. 13 a 33 y 309 de la Ley N° 1.437 de 2011, de 18 de enero (“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo”).

El *decisum* muestra que el Tribunal entendió *inexecutable* los arts. 13 a 33 de dicha ley y dispuso que los *efectos de tal declaración de inexecutable quedarán diferidos*

387 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

388 Por medio de dicho Decreto, entre otras disposiciones, se dictaban normas tendientes a asegurar los debidos organización y funcionamiento de las entidades erigidas como departamentos en la Constitución Política.

Bajo el título de “Autoridades”, su art. 21 disponía:

“Para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no formen parte de un determinado municipio, los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías se mantendrán como divisiones departamentales.”

“En cada una de ellas habrá un corregidor, que será agente del gobernador, y una Junta Administradora, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías”.

389 M.P. Jaime Araujo Rentería.

390 El derecho comparado muestra cómo se establecen procedimientos especiales para regular determinadas materias. Por ejemplo, los arts. 19.2 de la Constitución alemana y 53.1 de la Constitución española, que contemplan la figura de la *Ley Orgánica*.

En el caso de Colombia, los arts. 152 y 153 de la Constitución Política diseñan un procedimiento legislativo cualificado en las materias que el Constituyente entendió trascendentales en el Estado Social de Derecho: la *Ley Estatutaria*.

391 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

hasta el 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expidiera la Ley Estatutaria correspondiente.

f) La anunciada *Sentencia C-737 de 2001*³⁹², de 11 de julio, determinó la *inexequibilidad diferida* de la Ley N° 619 de 2000³⁹³ hasta el fin de la legislatura entonces en curso: 20 de junio de 2002.

Aclaró que, si en ese término se sancionaba una ley que subrogara a aquella, la inconstitucionalidad constatada carecería de efecto, por sustracción de materia. Por el contrario, si el plazo expiraba sin que el Congreso aprobara y el Presidente sancionara la nueva ley, la inconstitucionalidad constatada surtiría plenos efectos a partir del 21 de junio de 2002.

g) Por la *C-852 de 2005*³⁹⁴, pronunciada por la Sala Plena el 17 de agosto de ese año, el Tribunal dirimió el acuse de inconstitucionalidad parcial del art. 8 de la Ley N° 749 de 2002, “por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica”.

En el particular, constató que la disposición acusada era *contraria a la Constitución*, porque defería al Gobierno, sin ningún parámetro normativo, la regulación de aspectos de la educación superior que estaban sujetos a reserva de ley.

Sin embargo, como en el curso del proceso de constitucionalidad se pudo apreciar que sobre la base de aquella se había emitido una serie de disposiciones reglamentarias que quedarían sin soporte como consecuencia de la declaratoria de su *inexequibilidad*, así como quedaría sin piso la posibilidad de que el Gobierno expidiera hacia el futuro reglamentos sobre el particular, *declaró inexequible* la expresión “y profesional de pregrado”, contenida en el art. 8 de la Ley analizada y *difirió los efectos de semejante declaración de inexequibilidad hasta el 16 de diciembre de 2006*.

h) En la *C-720 de 2007*³⁹⁵, dictada el 11 de septiembre por la Sala Plena, se examinó la constitucionalidad de ciertas disposiciones del Decreto Ley N° 1.355 de 1970, por

392 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

393 Se acusaba la inconstitucionalidad de la citada ley por vicios estructurales de procedimiento.

Se constató que la Cámara de Representantes había aprobado un proyecto de sólo tres artículos, referidos al régimen de regalías petroleras en el departamento de Sucre; mientras que el texto sancionado en el Senado era muy diferente, constaba de 24 artículos y regulaba múltiples aspectos del régimen de regalías. Incluso hasta el título del proyecto había mudado, pues primigeniamente era ley “por la cual se establecen los criterios y mecanismos para la distribución equitativa de unas asignaciones directas de regalías petroleras”, pasando a una denominación muy diversa: ley “por la cual se modifica la Ley 141 de 1994, se establecen criterios de distribución y se dictan otras disposiciones”.

Se violaron, así, los principios de identidad y de unidad de materia. Este último se encuentra consagrado en los arts. 158 y 169 de la Constitución.

394 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

395 M.P. Catalina Botero Marino.

el cual se promulgaban normas sobre policía, específicamente en el marco de las contravenciones nacionales.

Particularmente, se declaró *inexequible* el art. 192 de tal Decreto Ley, que determinaba que la retención transitoria consistía en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas; y se hizo lo propio respecto de la expresión “[c]ompete a los comandantes de estación y de subestación aplicar la medida correctiva de retenimiento en el comando”, contenida en el art. 207, *Ibid.*

Por lo demás, se *difirieron los efectos de lo resuelto hasta el 20 de junio de 2008* y se exhortó al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración, profiriera una ley que establecería un nuevo régimen de policía para desarrollar la Constitución.

i) En la *C-252 de 2010*, dictada por la Sala Plena el 16 de abril, el Tribunal se abocó a un tema de importantes relevancia y sensibilidad: el examen de constitucionalidad del Decreto N° 4.975, de 23 de diciembre de 2009, que *declaró el estado de emergencia social*.

En definitiva, tal medida fue juzgada *inexequible* por ser *contraria a la Constitución Política; no haberse logrado demostrar la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); no resultar inminente (presupuesto valorativo), pese a que la situación reviste gravedad; y disponer el Gobierno de medios ordinarios para enfrentar la problemática que exponía en materia de salud (juicio de suficiencia)*.

Más allá de advertir que el mecanismo de *inconstitucionalidad diferida era excepcional*, su empleo en los estados de anormalidad institucional (como en el caso) debían ser apreciados con mayor rigurosidad.

En suma, *juzgó inexequible el citado Decreto*, aunque dispuso que los *efectos de la sentencia se difirieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establecieran fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud*³⁹⁶.

396 Tuvo también en cuenta que conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo perseguía equilibrar, en parte y aunque fuera a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Este tiempo permitiría un mayor espacio al Gobierno nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que buscaran estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrentaba el sistema.

Determinó que para el cabal cumplimiento de la sentencia y la adecuada destinación de los recursos tributarios que se recaudaran, los órganos de control y, en particular, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, realizarían los seguimientos correspondientes de la sentencia.

Acotó que, frente al vacío legislativo que se generaría con la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, resultaba imperioso que los que hubieren establecido fuentes tributarias de financiación del sistema de salud *podieran continuar vigentes por un plazo prudencial*, en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrentaba el sistema de salud y poder garantizar provisoriamente mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encontraban en circunstancias de debilidad manifiesta³⁹⁷.

j) La *Sentencia C-366 de 2011*³⁹⁸ fue pronunciada por la Sala Plena el 11 de mayo. En la causa, la C.C. consideró que la Ley N° 1.382 de 2010 (“por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas”), era *inconstitucional* al haber desconocido el requisito de *consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes*, además de que semejante vicio no resultaba subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implicaba la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, razonó que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscaban garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que traía la exploración y la explotación mineras.

Por ello juzgó necesario *diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos (2) años*, de manera que a la vez que se protegiera el derecho

Por último advirtió que, de repetirse la situación imperante al momento del dictado del fallo, luego de que el Poder Ejecutivo conociera las reglas establecidas por la jurisprudencia y la forma como las mismas serían aplicadas, correspondería a la Sala Plena de la C.C., en esa situación concreta, definir si procedería o no tomar la excepcional decisión de diferir los efectos de lo que se resolviera.

397 De su lado, vale recordar que en idéntica fecha (16 de abril de 2010), la C.C. dictó la *Sentencia C-253* (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), por la que declaró *inexecutable* el Decreto Legislativo N° 127, de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”, *diferiendo los efectos de lo resuelto en la sentencia, hasta el 16 de diciembre de 2010*.

Dispuso asimismo que los recursos recaudados en la aplicación del citado Decreto deberían ser dirigidos en su totalidad a la red hospitalaria pública y a garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud de aquellas personas que se encontraban en el régimen subsidiado o tan sólo vinculadas al sistema de salud.

Refiriéndose a la *Sentencia C-252 de 2010* (que, como vimos en el texto principal, juzgó *inexecutable* el Decreto N° 4.975 de 2009 por el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia social, que en realidad era fuente del Decreto Legislativo N° 127 de 2010 y de otros 13 decretos dictados al amparo de tal estado de emergencia), la C.C. razonó que al haber desaparecido del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo N° 127, de 21 de enero de 2010, éste necesariamente devenía inconstitucional.

Concluyó que se presentaba el fenómeno que la jurisprudencia del Tribunal denominaba *inconstitucionalidad por consecuencia*, consistente en que la declaración de *inexecutable* del decreto declaratorio del estado de excepción producía, como efecto obligado, la *inexecutable* de los decretos legislativos que lo desarrollaban.

398 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguardaran los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.

Paralelamente, dejó en claro que se concedía el término prudencial señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, se diera curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo agotamiento de un procedimiento de consulta a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del art. 330 de la Constitución. Bajo la misma lógica, *en caso de que esa actividad fuese pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término acordado, los efectos de la inconstitucionalidad de la ley en cuestión se tornarían definitivos, siendo aquella excluida del ordenamiento jurídico.*

k) En vinculación con este último fallo, se dictó la *Sentencia C-027 de 2012*³⁹⁹, de 27 de enero, en el marco de una causa en la que se peticionaba la declaración de inexequibilidad de la aludida Ley N° 1.382 de 2010, modificatoria de la Ley N° 685 de 2001 (“Código de Minas”).

La Sala Plena de la C.C., por mayoría⁴⁰⁰, entendió que en mérito a lo resuelto en la citada Sentencia C-366 de 2011, en el caso correspondía estar a lo resuelto en ella, “de tal manera que *la Ley 1.382 de 2010 sólo quedará excluida del ordenamiento jurídico, al cabo de dos (2) años de proferida*” la decisión.

E) Críticas y defensas

No puede soslayarse que esta tipología de pronunciamientos ha sido blanco de críticas, endilgándoles que son contradictorios y que la C.C., en este caso, no tendría competencia para emitirlos. Sus detractores argumentan que semejante atribución no está contenida en la Constitución, además de ser contraria a la lógica jurídica (transgrediendo el principio lógico de no contradicción) por cuanto lo que es inconstitucional no puede prolongar su existencia en el tiempo luego del fallo que declara tal anticonstitucionalidad.

Frente a tales cuestionamientos, por ejemplo en la Sentencia C-737 de 2001⁴⁰¹, la C.C. ha respondido que ellos no son de recibo, desde que se basan en un desconocimiento

399 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

400 Firmaron coincidentemente los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Prettelet Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto.

Por su parte, medió salvamento parcial de voto de los ministros Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas.

401 Otro tanto hizo, v. gr., en la también aludida Sentencia C-221 de 1997.

de la función propia de ésta como *guardiana de la integridad y la supremacía de la Constitución* en los términos de su art. 241 (F. 42). Además, ha sostenido que las sentencias de constitucionalidad temporal, además de no ser contradictorias, son expresión de la dinámica misma de la justicia constitucional (F. 45).

Continuando con su línea de defensa, en la resolución identificada en el párrafo anterior, el Tribunal ha argumentado que dichas sentencias nacen “de la necesidad que tienen los tribunales constitucionales de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una regulación legal, por los efectos inconstitucionales que tendría esa decisión, pero tampoco es posible declarar la constitucionalidad de la regulación, pues el tribunal ha constatado que ésta vulnera alguna cláusula de la Carta [...]. Y esa modalidad de sentencia no implica ninguna contradicción lógica, pues conceptualmente es necesario distinguir dos aspectos: la verificación de la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y la expulsión del ordenamiento de esa norma, por medio de una declaración de inexecutable, que es una decisión. Por ende, no existe ninguna inconsistencia en que el juez constitucional constate la incompatibilidad de una norma legal (acto de conocimiento) pero decida no expulsarla inmediatamente del ordenamiento (decisión de constitucionalidad temporal), por los efectos traumáticos de una inexecutable inmediata” (F. 44).

F) *Epílogo*

Cerramos este acercamiento con algunas líneas telegráficas surgentes de la praxis de la C.C., que se añaden a otras reflexiones y valoraciones efectuadas al desarrollar el presente tema en el escenario jurídico colombiano:

- En un principio se empleó la fórmula de la *constitucionalidad temporal*, aunque luego se impuso y mantuvo la técnica de la *inconstitucionalidad diferida*.
- El marco de sustentación de tal tipología decisoria radica primordialmente en la protección de los principios y valores de la Constitución, el principio de separación y colaboración de poderes y la ponderación de los posibles riesgos que se presentarían ante un vacío legislativo o la *reviviscencia* de normas o legislaciones anteriores que fueran menos garantistas que la que se mantiene no obstante su inconstitucionalidad.
- Pese a argumentarse reiteradamente que se trata de un *remedio excepcional*, la jurisprudencia demuestra que la modalidad sentencial en cuestión ha sido empleada con frecuencia e importante amplitud temática.
- Se observa que en ciertas oportunidades, *además del diferimiento de los efectos de los fallos*, se ha utilizado el *condicionamiento de tales efectos*, por ejemplo, en las

citadas Sentencias C-720 de 2007 y C-252 de 2010, en las que se modularon los efectos de la constitucionalidad provisional.

- Según lo verbalizado por la C.C., el recurso a este tipo de sentencias se justifica únicamente en aquellos casos en los que se hubiera constatado que la regulación impugnada es inconstitucional, pero no procede su declaración de inexequibilidad inmediata, por cuanto esa determinación afectaría de manera aún más grave los principios y valores constitucionales⁴⁰².

En resumen, la técnica resolutoria en torno a la cual hemos discurrido pareciera haber demostrado su utilidad en la dinámica funcional de la C.C. para un más acabado cumplimiento de sus deberes y obligaciones institucionales en pro de la defensa y la realización de la Constitución Política.

402 Cfr. la varias veces citada Sentencia C-737 de 2001 (F. 47).

CAPÍTULO

IV

APRECIACIONES FINALES

I. A modo de cierre del título séptimo

1. Obviamente y como en otros ámbitos en cuya superficie la justicia constitucional despliega su labor, acerca del abanico de variantes sentenciales a su disposición (“atípicas o intermedias”, sean “unilaterales o bilaterales”), deberá conducirse con prudencia y mostrarse consciente de sus límites, previsor de las consecuencias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que se asigna a los distintos órganos del Estado para operar en la respectiva dinámica institucional.

2. Del catálogo sentencial que hemos desplegado sumariamente en los tres capítulos precedentes, se aprecia que las *decisiones “aditivas clásicas o puras”* son (principal pero no exclusivamente) las empleadas para corregir un tipo de inconstitucionalidad por omisión, alternativa fiscalizadora que ha recibido diversas denominaciones en el derecho y la jurisprudencia comparados. Por ejemplo, *Unterlassungen des Gesetzgebers* en Alemania, de la mano —entre otros— de SCHNEIDER y WESSEL, o *comportamenti omissivi del legislatore* en Italia, según la identificación brindada primordialmente por MORTATI y luego recogida por PICARDI.

3. Otros instrumentos que pueden reportar utilidad a los fines de combatir las omisiones inconstitucionales son, entre otras, las sentencias exhortativas, las apelativas, las de mera inconstitucionalidad sin nulidad y las *sentenze “additive di meccanismo”* o *“additive a dispositivo generico”*.

4. Las nombradas sentencias aditivas “clásicas o puras” son útiles a los efectos de conjurar las *omisiones inconstitucionales legislativas relativas*, esto es, cuando se emite un dispositivo legal para desarrollar el mandato constitucional pero se lo hace insuficiente o deficientemente, dejando fuera de la previsión legal a grupos que se encuentran en similitud o identidad de condiciones respecto de otros que sí fueron incluidos en el radio de acción legal, violando el principio de igualdad u otros bienes, valores o principios consagrados en la Ley básica, como el debido proceso.

Por medio de tal tipología de sentencias se amplifica el ámbito de vigencia de una norma a aquellos sectores o grupos originaria y arbitrariamente segregados por ella.

5. Específicamente respecto del principio de igualdad, la omisión legislativa relativa produce una fractura en el estándar de *isonomía* exigible al momento de sancionar el plexo normativo en cuestión.

A propósito, es siempre útil y conveniente tomar en consideración que la *igualdad* es un principio configurativo de la limitación de la forma de poder, nutriente básico de la legitimación del Estado Constitucional (y Convencional) contemporáneo, además

de elemento axial del principio de dignidad de la persona humana, pauta valorativa directamente ligada a los derechos fundamentales.

6. Como tendremos ocasión de profundizar más adelante, las decisiones aditivas “clásicas o puras” han tenido un importante desarrollo en la praxis jurisprudencial de la Corte Constitucional italiana⁴⁰³, donde la fórmula consiste en establecer que la ley en cuestión es inconstitucional “*nella parte in cui non prevede o non dispone*”, y conserva su vigor en la medida en que se entienda añadido el contenido que el Tribunal considera que el legislador omitió.

Justamente desde latitudes italianas, y con mayor o menor nivel de contundencia, su uso se ha extendido hacia otros órganos de clausura de la jurisdicción constitucional tanto europeos como latinoamericanos.

7. Una de las principales críticas que se disparan contra tal variante sentencial es justamente que supone una función positiva y creadora de derecho, lejos de la solitaria tarea *nomofiláctica* de antaño que se visualizaba como “fundamento de la admisibilidad de un poder irresponsable políticamente que controla la producción del Parlamento democrático”⁴⁰⁴.

Con todo, pareciera que tal embate dialéctico contra los pronunciamientos aditivos se desustancializa a poco de pensar en la insuficiencia del paradigma kelseniano del tribunal constitucional como “legislador negativo”, y la innegable labor creadora del derecho que aquel debe llevar adelante para cumplir cabalmente sus tareas, que ciertamente cada día se tornan más complejas y demandantes.

Semejante faena de producción jurídica encuentra en las sentencias “interpretativas” (cuyo fundamento es la “interpretación conforme a la Constitución”) un adecuado cauce de fluidez, por ejemplo y con mayor o menor intensidad, introduciendo significados normativos que pueden modificar el contenido de la ley enjuiciada.

8. Las aludidas exigencias funcionales que el Estado Constitucional instala sobre los órganos de cierre de la justicia constitucional hacen que su actividad tenga menos de “destructiva” que de “constructora” y “reparadora”, pues como afirma AHUMADA RUIZ, “reducir la misión de los tribunales constitucionales a la de guardianes del estado de cosas fijado por una Constitución en un momento dado es desconocer su real poder”⁴⁰⁵.

403 Ciertas imágenes al respecto ya pueden visualizarse, por ejemplo y sin perjuicio de algunas anteriores, en las sentencias de la Corte Constitucional N^{os}. 190 de 1970, 156 y 167 de 1976, y 105 y 153 de 1977.

404 La crítica de los detractores de las sentencias aditivas es reseñada por AHUMADA RUIZ, María Ángeles, op. cit., “El control de constitucionalidad de la omisión legislativa”, pp. 184-185.

405 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Thomson - Civitas, Navarra, 2005, pp. 50-51.

9. Es indudable que, paralelamente a su labor depurativa o *nomofiláctica*, los tribunales y las cortes o salas constitucionales también despliegan actividad *nomogenética* por vía de determinadas *sentencias “atípicas o intermedias”*, como los pronunciamientos *aditivos*. Pretender ignorar tal comportamiento del órgano máximo de justicia constitucional respectivo no sería sino abstraerse o escapar de la realidad.

10. La otrora (y más ideal que real) “nítida” frontera entre interpretar disposiciones y crearlas debía ser marcadamente respetada por el juez constitucional, a quien en el rígido esquema del Estado Legal de Derecho le estaba acotadamente permitida la primera actividad y cuasi vedada la segunda.

Aquel límite aparece hoy difuminado y con contornos imprecisos. Y así, no infrecuentemente dichas operaciones (hermenéutica y creativa) se entrelazan y hasta asimilan, incluso de manera intuitiva, en la actividad que lleva adelante el magistrado constitucional, cuyas resoluciones —como se ha puntualizado— “con frecuencia complementan positivamente la acción del legislador democrático, incorporando en el texto de la ley contenidos normativos que aquél no había previsto”⁴⁰⁶.

A propósito, no puede obviarse como elemento de análisis que —según postula HART— el derecho tiene una estructura o *textura abierta (open texture)*⁴⁰⁷, o sea, una inevitable *zona de penumbra*⁴⁰⁸.

Entre otras cosas, ello supone la vaguedad y la indeterminación de no pocos textos normativos⁴⁰⁹ y, consecuentemente, la convergencia de alguna dosis de discrecionalidad en toda decisión interpretativa (esto es, un margen de apreciación y creación judiciales del Derecho), que naturalmente ha de respetar el principio de razonabilidad. Es que *discrecionalidad no implica, o no debería suponer, arbitrariedad*.

11. El recurso a la modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad-nulidad (abundantemente empleado por órganos de jurisdicción

406 AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Prólogo” a la obra de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 32.

407 HART, Herbert L. A., *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963; del original *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Ver principalmente el cap. VII de la obra.

408 Al respecto, HART afirma que “todas las reglas imponen, reconocen o clasifican casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros a los que ella se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. *Es imposible negar esta dualidad entre un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales*” (*Ibid.*, p. 153).

409 Para HART, los legisladores humanos no pueden conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que supone una cierta indeterminación de propósitos (*Ibid.*, p. 160).

constitucional europeos y americanos), siempre en sus justos límites, es una significativa herramienta para adecuar aquellas consecuencias a los resultados que surjan de los procesos ponderativos que se efectúen en los pronunciamientos respecto de los diversos valores, principios y bienes constitucionales en juego.

Además, aquella graduación de los efectos sentenciales puede ser un dispositivo útil para evitar que la solución derivada de la declaración de inconstitucionalidad y/o nulidad termine provocando un vacío normativo aún más perjudicial para el sistema constitucional que el que existía antes de la intervención del órgano de justicia constitucional.

Por último, semejante mecanismo modulador abre a la instancia de clausura de la jurisdicción constitucional la posibilidad de tender puentes para un diálogo cooperativo con el parlamento o congreso a fin de dar espacio y tiempo a estos órganos para diseñar un dispositivo legal apropiado y compatible con los nuevos cánones o condiciones constitucionales establecidos por aquella.

TÍTULO OCTAVO

**INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN (VI):
OBJECIONES QUE SE
FORMULAN AL INSTITUTO**

CAPÍTULO

I

**RESPUESTAS A LOS PRINCIPALES
CUESTIONAMIENTOS**

I. Liminar

Como afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ, “en muchas ocasiones es la inercia de los preconceptos y las ideas tradicionales lo que ofusca y cierra el paso a nuevas perspectivas en el derecho, olvidando más de lo que la prudencia exige que, al menos el derecho, es una ‘ciencia de perspectivas’, o para ser más precisos, una simple, pero no por ello menos capital, ‘técnica de perspectivas’”⁴¹⁰.

Teniendo tales consideraciones como punto de mira, a continuación intentaremos responder a las principales tachas y objeciones que se han utilizado para negar andamio a la inconstitucionalidad por omisión⁴¹¹.

Algunos aspectos de nuestras respuestas tendrán como plataforma de sustentación el sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso imperante en el orden federal argentino. Sin perjuicio de ello, la mayoría de las apreciaciones que efectuaremos tendrán una valencia general, es decir, aplicarán a cualquier modelo de inspección constitucional.

II. Los cuestionamientos más comunes

1. Falta de positivación expresa de la figura

A) La inexistencia de una previsión normativa que institucionalice la facultad jurisdiccional de controlar las omisiones inconstitucionales no es un argumento jurídicamente sustentable para rechazar tal alternativa fiscalizadora.

A pesar del aparente simplismo o reduccionismo de nuestra aserción, si hoy es una realidad incontrastable que los jueces están debidamente habilitados a llevar adelante el control de constitucionalidad de diversos instrumentos normativos (v. gr. leyes), lo que encuentra fundamento en la obligación de salvaguardar la supremacía constitucional, *a fortiori* también lo están para concretarlo cuando la agresión contra la Ley suprema y su fuerza normativa provenga de una omisión anticonstitucional.

410 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, p. 51.

411 Algunos de los autores que se muestran refractarios al tema que abordamos son: PÉREZ ROYO, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, T° I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 66-68; y RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, julio-diciembre de 2004, Porrúa e IIDPC, México, D.F., pp. 159-177.

B) No es imprescindible (aunque sí conveniente) el dictado de una normativa especial. ¿O acaso hubo necesidad de ella para hacer viable el propio control judicial de constitucionalidad en su variante difusa en EE.UU.?; ¿o para dar vida procesal a la acción de amparo en Argentina, insertándola en el contexto garantista (en el citado caso “Siri” y en la ulterior causa “Kot”⁴¹²); ¿o para permitir la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la omisión lesivos al resolver las acciones de amparo, años antes de que se plasmara la reforma constitucional argentina de 1994 (caso “Peralta”⁴¹³) y aun a despecho de una expresa norma legal en contrario (art. 2, inc. ‘d’ parte final, de la Ley N° 16.986⁴¹⁴); ¿o, en el marco del recurso extraordinario federal, para que la Corte Suprema argentina admitiera las causales de gravedad institucional o arbitrariedad de sentencia; o para diagramar pretorianamente las acciones de clase (caso “Halabi”⁴¹⁵)?

Naturalmente, la respuesta a los citados interrogantes es negativa. Es que, como *mutatis mutandis* explicara VANOSI⁴¹⁶, aquellas expresiones “pretorianas” nacidas al calor de los poderes “implícitos” del Máximo Tribunal argentino (modelando una línea exhortativa hacia los tribunales inferiores) tienden a afirmar lo mismo: *la supremacía de la Constitución*, y a entrañar una manifestación del poder político de la Corte, aunque ésta no lo califique de tal manera.

C) De cualquier modo y como contrapartida de ello, no podría disimularse que la tesis de las cuestiones políticas no justiciables —que tiende a enervar o inutilizar las mencionadas herramientas de aseguramiento de la primacía constitucional— fue también implementada pretorianamente por la Corte argentina (antes por la Suprema Corte de EE.UU.) al no estar literalizada en la Constitución ni en la ley y, como tal, dicha doctrina fue dosificada por el Máximo Tribunal, siendo dejada de lado o retomada por éste según su valoración y criterio⁴¹⁷, aunque hoy parecieran batirse en retirada o, al menos, encontrarse en vías de minimización cuantitativa y cualitativa, las hipótesis inmunes al control. Volveremos sobre este tema.

412 “S.R.L. Samuel Kot” (*Fallos*, 241:291).

413 “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ Amparo”, de 27 de diciembre de 1990 (*Fallos*, 313:1513). La mayoría estuvo compuesta por los ministros Levene (h.), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O’Connor, mientras que por su voto se pronunciaron los jueces Belluscio y Oyhanarte.

Sin perjuicio de despejarse toda duda a partir del caso “Peralta” en relación con la atribución de ejercer control de constitucionalidad en el amparo, no pueden soslayarse señeros precedentes previos en los que se esbozó dicha posibilidad, v. gr., “Outon, Carlos J. y otros” (*Fallos*, 267:215).

414 B.O. de 20 de octubre de 1966.

415 Citado precedentemente, en el título quinto, capítulo II.

416 VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Control de constitucionalidad y defensa de la Constitución”, en su obra *Teoría constitucional*, T° I, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 745.

417 Ídem.

D) Corresponde dejar asentado que diversos tribunales o cortes constitucionales, tanto en Europa (Alemania, Italia, España) como en Latinoamérica (Colombia, Perú, Guatemala), *han acogido la inconstitucionalidad por omisión pese a no contar en los respectivos sistemas con acciones expresas en tal sentido.*

Por colacionar sólo un ejemplo de lo puntualizado, en Expte. N° 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)”, en sentencia del pleno jurisdiccional fechada el 30 de junio de 2010⁴¹⁸, el Tribunal Constitucional del Perú dijo que pese a que no se había habilitado expresamente un mecanismo procesal específico que permitiera el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, ello no quería decir “*que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas.* Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial” (F.J. 19).

E) Luego de la intermisión ilustrativa consignada en los dos párrafos precedentes y retomando la línea argumental que veníamos recorriendo, es obvio que por razones de seguridad jurídica, predictibilidad y en aras de evitar respuestas jurisdiccionales intercadentes, sería aconsejable contar con un mecanismo procesal específico al respecto, pero hasta tanto ello ocurra, los respectivos órganos de justicia constitucional estarían habilitados para fiscalizar de alguna manera las omisiones lesivas de la Constitución, dentro de ciertos límites funcionales y jurídicos y activando cánones de *self-restraint*.

Por supuesto, y adelantándonos al intento propositivo que desarrollaremos en el epígrafe siguiente, somos conscientes de las dificultades de implementación práctica que el control de las omisiones inconstitucionales puede generar en un Estado que, como Argentina, ha escogido el modelo difuso de control de constitucionalidad, al multiplicarse las posibilidades de contralor y a su vez desconcentrarse en distintos jueces, generando algunas dificultades jurídicas y políticas.

Correlativamente, tales inconvenientes no se presentan con idéntica magnitud en los sistemas que han adoptado un control con rasgos concentrados, pues el centro decisional no se difumina sino que queda centralizado en un único órgano competente para determinar la existencia o inexistencia de la omisión violatoria de la Constitución y, en su caso, disponer el remedio para superarla.

418 Votaron los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, y los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda.

Por cierto, puede pensarse en algunas opciones de *lege ferenda* en caso de institucionalizarse la figura en el ordenamiento jurídico argentino. Existe una gama de opciones: por ejemplo, la atribución de jurisdicción originaria y exclusiva al respecto a la CSJN, lo que requeriría una reforma constitucional; o en caso de una codificación del derecho procesal constitucional argentino (como existe en Perú y Bolivia), instaurar una acción expresa que permita controlar las pretericiones anticonstitucionales.

Sin perjuicio de ello, de *lege lata* y para el supuesto de que aquella plasmación normativa no se concretara, se exigirá de la magistratura una conducta seria, responsable y mesurada al momento de ponderar la procedencia del control correctivo de la inconstitucionalidad por mora o inercia, en orden a evitar una ilegítima infiltración en ámbitos decisionales de otros poderes del Estado, meritando la convergencia de una situación inconstitucional grave para legitimar su intervención en orden a combatir hipótesis que, por pretermisión, resulten lesivas de la Ley fundamental.

2. En torno a la acusación sobre la supuesta improcedencia del control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales en un modelo de fiscalización constitucional jurisdiccional difuso

A) No es difícil imaginar algunas trabas que podrían invocarse frente a la procedencia del control sobre las inconstitucionalidades omisivas en un sistema como el argentino, donde el control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso, concreto, con jurisprudencia —en principio— no vinculante y con sentencias que, salvo ciertas excepciones vehiculadas por determinados fallos de la CSJN, no producen efectos *erga omnes*.

Para reconducir la cuestión a una hipótesis crítica unitiva, podría argumentarse el potencial peligro de corrosión del principio de igualdad al influjo de respuestas jurisdiccionales dispares ante eventuales articulaciones pretensivas de contenido similar.

Si recurriéramos a un dialogismo, quizás las preguntas que formularía nuestro interlocutor imaginario serían del siguiente tipo: ¿Qué sucedería si un juez admitiera la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad por la omisión relativa que ha producido un quiebre, por ejemplo, del principio de igualdad, mientras otro magistrado fallara en modo diverso? ¿No brotaría allí una violación al estándar isonómico 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?

Y si bien la respuesta debería ser en principio afirmativa, o sea, admitiendo que aquel riesgo existe, cabría una importante matización, que no es un consuelo sino una realidad tangible: en los supuestos planteados, el peligro no sería mayor que el que normalmente se corre ante cualquier pretensión de inconstitucionalidad (ya por acción) en la que también pueden producirse (y de hecho se configuran) respuestas intercadenas.

Son los *bemoles* del control de constitucionalidad desconcentrado, con prescindencia de si esa fiscalización viene instada con motivo de un producto normativo o de una omisión presuntamente inconstitucionales.

Sea como fuera, es importante recalcar que, así como nadie posee un derecho subjetivo en abstracto a obtener una legislación determinada⁴¹⁹, en principio la línea jurisprudencial de la Corte Suprema marca 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 disposiciones legales⁴²⁰.

B) Otro punto interesante por debatir en los ámbitos jurídicos donde impera el control judicial difuso, dando por entendida la aceptación de la viabilidad del control sobre las omisiones inconstitucionales, es la circunstancia de que jueces diferentes puedan cubrir en casos específicos —pero semejantes entre sí— de modo diverso la inconstitucionalidad por omisión, lo que generaría la posibilidad de que surgieran soluciones jurídicas incoherentes⁴²¹.

Tal hipótesis, que podría originar cierta zozobra jurídica, ha sido solventada afirmando que la alegada incoherencia no sería total, ya que a menudo y a través de la vía recursiva, es posible elevar tales actuaciones a la CSJN, que desempeñaría en esa eventualidad una suerte de casación constitucional que podría disipar el defecto anunciado. Incluso, BIDART CAMPOS —a quien seguimos aquí— señala que en caso

419 Argumento sostenido por la CSJN argentina.

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, en el caso argentino sería útil contar con una vía jurisdiccional determinada que resulte idónea para impeler al órgano renuente a que actúe o para que el juez interviniente supla la omisión legisferante incurrida, en principio, con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del mismo (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, T° I, IJ de la UNAM, México, D.F., 1988, p. 83).

420 BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *Manual de la Constitución reformada*, T° I, p. 534.

421 SAGÜÉS, Néstor P., “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, T° I, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, San José de Costa Rica, 2000, pp. 278-279.

de que tales respuestas jurídicas incoherentes quedaran firmes en las instancias inferiores a la Corte, “siempre es mejor que se haya dado a los afectados alguna respuesta a sus agravios por la inconstitucionalidad por omisión del Estado, en vez de no darles respuesta alguna, so pretexto de tratarse de cuestiones no justiciables⁴²².

Agrega que, finalmente, “nada impide que el Poder Legislativo termine prontamente (como debería hacerlo) con tal eventual mosaico de sentencias reparadoras de la inconstitucionalidad por omisión terminando con ésta, al sancionar de una vez por todas a la norma reguladora faltante”⁴²³, lo que nos lleva a conjugar tal aserto con otra premisa no menos valiosa que exhibe la importancia de la sumatoria de decisiones individuales provenientes de diferentes tribunales y su potencial fuerza para gestar e inducir el movimiento legislativo para obedecer el designio constitucional y superar la preterición contraria a la Ley fundamental mantenida hasta ese momento.

C) En línea con ello y como *mutatis mutandis* se ha puntualizado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, por medio de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria⁴²⁴.

Asimismo, no deja de ser importante que sea la propia magistratura judicial la que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones, en proceso cuya lógica es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de acceso a algún sistema transnacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocer y reparar la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar tal vulneración. Cuando el poder político no abastezca las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, y sin perjuicio de las posibles consecuencias en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población⁴²⁵.

Más allá de cualquier embate crítico, es imposible soslayar aquella elemental premisa que LOEWENSTEIN plantea con agudeza, afirmando: “*el desprestigio de la Constitución, por inercia de órganos meramente constituidos, representa uno de los más*

422 *Ibid.*, p. 279.

423 Ídem.

424 ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Hechos y derechos. Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos*, Vol. 7, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2000, p. 26.

425 *Ibid.*, p. 27.

graves aspectos de la patología constitucional, pues refleja un inaceptable desprecio [...] de la autoridad suprema a la Ley Fundamental del Estado⁴²⁶.

3. Sobre la pretendida existencia de normas constitucionales programáticas carentes de (toda) efectividad

A) No es fácilmente admisible la invocación de la diversa estructura de las normas constitucionales para esgrimir con ello que existen determinadas cláusulas que lisa y llanamente no serían (en modo alguno) exigibles sin la legislación de desarrollo constitucional y que nada podría hacerse al respecto en procura de su eficacia.

Por un lado, no estaría exento de dificultades teóricas (también prácticas) proclamar una *absoluta programaticidad* de ciertas disposiciones constitucionales —entendida como total ineficacia intrínseca de éstas— y coetáneamente predicar que la Constitución ostenta *valor normativo*. Por el otro, creemos que las cláusulas de la Ley fundamental tienen un sentido y un porqué, ostentan vocación de aplicabilidad y no parece correcto condenarlas a permanecer en una eterna inocuidad sino que, contrariamente y frente a la inercia legislativa para ponerlas en movimiento, debería permitirse desde la justicia constitucional su eficaz realización y desenvolvimiento en el mundo jurídico.

Como afirma DA SILVA, debemos partir de la premisa tantas veces enunciada que determina que *no hay norma constitucional destituida de eficacia*⁴²⁷; al menos, añadimos por nuestra parte, siquiera de *alguna mínima eficacia*.

426 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., reimpres., Ariel, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1982, p. 222.

427 DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, IJ de la UNAM, trad. de Nuria González Martín, México, D.F., 2003, p. 67.

El catedrático brasileño citado descarta la clásica teoría norteamericana que distinguía las normas constitucionales en *autoaplicativas* y *no autoaplicativas* (*Ibid.*, pp. 59 y ss.); otro tanto piensa de la doctrina italiana que las clasifica en *preceptivas* y *directivas* (*Ibid.*, pp. 62-66); y, por fin, igualmente desecha la tesis que las divide sólo en dos grupos: a) *Normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata* y b) *normas constitucionales de eficacia limitada*, y éstas, a su vez, escindidas en *normas de legislación* y *normas programáticas* (*Ibid.*, por ejemplo, en p. 67).

De acuerdo con su criterio, desde el punto de vista de la eficacia y la aplicabilidad, las normas constitucionales deben ser consideradas bajo tres aspectos: **a)** *Normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata* (son las que recibieron del constituyente normatividad suficiente para su incidencia inmediata) —*Ibid.*, pp. 73 y ss.—; **b)** *normas constitucionales de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata, pero restringidas* (también recibieron del constituyente normatividad suficiente para regir los principios que conocían pero prevén medios normativos —leyes, conceptos genéricos, etc.— no destinados a desarrollar su aplicabilidad, sino, al contrario, permitiendo limitaciones a su eficacia y aplicabilidad) —*Ibid.*, pp. 87 y ss.—; y **c)** *normas constitucionales de eficacia limitada o reducida*, que comprenden dos grupos —*Ibid.*, pp. 103 y ss.—: **1)** *normas de eficacia limitada, definidoras de principio institutivo* (son aquellas que prevén esquemas genéricos de institución de un órgano o entidad cuya estructura definitiva el constituyente dejó para la legislación ordinaria); y **2)** *normas de eficacia limitada, definidoras del principio programático* (aquellas que trazan esquemas de fines sociales que deben ser cumplidos por el Estado, mediante una providencia normativa o incluso administrativa ulterior).

En ese sentido y aun cuando referido específicamente al contexto español, pero con fuerza expansiva hacia otros ámbitos jurídicos, PÉREZ LUÑO advierte que la necesidad de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales constitucionalizados como valores y principios, como la de aquellos que han sido enunciados a manera de cláusulas generales, *no debe conducir a interpretaciones que menoscaben o comprometan su significación normativa o, menos aún, que impliquen la negación de su estatus jurídico-positivo*⁴²⁸.

De ello extrae que debe rechazarse como falaz la tesis que sostiene la imposibilidad de su invocación y aplicación hasta tanto se hubieren promulgado las leyes que los reglamenten, pues de prosperar esta última posición, gran parte del estatuto de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente quedaría relegado a la inoperancia⁴²⁹.

NIETO se acerca a la cuestión de las normas constitucionales ofreciendo un enfoque particular, pero significativo. En tal sentido, sostiene que la doctrina que sugiere que *la Constitución es una norma jurídica cuyo contenido material opera directamente*, y sin excepciones, sobre los ciudadanos y sobre los poderes públicos, aunque venga inspirada por las intenciones políticas más elogiadas, “adolece del *importante defecto de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional*”⁴³⁰.

Prefiere, entonces, centrarse en lo que denomina *la teoría de la complitud de las normas*, pues advierte que hay disposiciones constitucionales que son ciertamente normas e incluso normas jurídicas, pero no son normas completas y por ello no tienen aplicación directa; o, si se quiere, por no ser aplicables directamente, carecen de complitud⁴³¹. Entiende que el problema concreto de las normas programáticas no debe ser abordado técnicamente desde la perspectiva de la *normatividad* de la Constitución, sino desde la de su *aplicación directa*, es decir, desde el ángulo de su *eficacia*⁴³².

B) Como puntualizáramos en otro sector de este trabajo, pese a ser polémica la distinción entre cláusulas programáticas y operativas, en cualquier caso no podría

428 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, op. cit., *Los derechos fundamentales*, p. 64.

429 Ídem.

Para graficar su posición, con buen criterio el autor citado señala que el Tribunal Constitucional español ha salido al paso de las opciones hermenéuticas restrictivas, sustentando la tesis según la cual “debe señalarse que la reserva de ley que efectúa [...] la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata” (STC de 8 de junio de 1981, *BJC*, 1981, N° 3, p. 214; reseñada por PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Ibid.*, pp. 64-65).

430 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 387.

431 *Ibid.*, p. 388.

432 *Ibid.*, pp. 394-395.

soslayarse que si, norma “programática” mediante, se intentara justificar la inercia legislativa o despojar irremediadamente de protección a un derecho contenido en la Ley fundamental a causa de la falta de mediación del legislador, y simultáneamente quedaran tales situaciones contrarias a la Constitución sustraídas del radio de cobertura del control de constitucionalidad, se consentiría un ataque directo al valor normativo y supremo de la Norma básica.

Conviene reiterar que, con mayor o menor intensidad y pese a su heterogeneidad, las normas constitucionales vinculan, además de resultar útiles como orientación hermenéutica para el legislador y límite para evitar que éste sancione disposiciones contrarias a ellas.

De cualquier modo y en planteo que podríamos utilizar como base para diseñar una hipótesis de mínima, BIDART CAMPOS explica —*mutatis mutandis*— que aun cuando dependa de la reglamentación, “sabido es que toda norma programática es operativa en relación con el programa o base normativa contenida en la norma constitucional nacional”⁴³³.

C) Para graficar la citada heterogeneidad subyacente en el universo de disposiciones constitucionales, podemos tomar el muestreo que —inspirado en la tipología alemana descrita por SCHEUNER⁴³⁴— esboza RUBIO LLORENTE respecto del caso español.

En esa línea, enumera las siguientes *normas materiales* de la Constitución: *i*) derechos fundamentales, *ii*) garantías institucionales, *iii*) mandatos al legislador, y *iv*) principios fundamentales y fines del Estado.

A los efectos de este segmento de la indagación, nos interesa particularmente volver sobre la conceptualización y el alcance de los “mandatos al legislador” y su conexión con la inconstitucionalidad por omisión.

Precisa RUBIO LLORENTE que aquellos son *preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución*, y sobre todo, la *promulgación de leyes indispensables para el ejercicio de ciertos derechos*: de prestación y de otros géneros de derechos, próximos a los de libertad⁴³⁵.

Luego de afirmar que los mandatos al legislador son fuente de derecho objetivo e imponen obligaciones, advierte que su eficacia para engendrar también derechos

433 BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *Manual de la Constitución reformada*, T° II, 1997, p. 181.

434 SCHEUNER, Ulrich, “Staatszielbestimmungen”, en FRIEDRICH, Manfred (coord.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, pp. 329-355.

435 RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de Derecho”, op. cit., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, p. 59.

subjetivos correlativos de estas obligaciones *depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos ‘in nuce’ en la Constitución*⁴³⁶.

Cierra el punto expresando que de lo que se trata es que “*el juez considere inconstitucional la omisión del legislador y considere en consecuencia ilegítimas situaciones o relaciones que no se habrían consolidado si no hubiese existido tal omisión*”⁴³⁷.

Rescatamos la significativa utilidad que el autor citado atribuye a la actividad jurisdiccional dirigida a declarar la *omisión inconstitucional del legislador* en hacer operativos los mandatos que la Constitución le dirige y, así, procurar activarlos para complementar la estructura prefigurada en aquella y/o sancionar las leyes imprescindibles para ejercer determinados derechos.

D) Para situar la cuestión en su justo cauce, vemos que la nombrada variedad del complejo normativo que da forma al universo constitucional hace que *no todas las normas tengan eficacia inmediata e integral*, pues si así fuera —como observáramos anteriormente⁴³⁸— en principio no habría lugar para postular la omisión inconstitucional.

Desde esta óptica, si una disposición presenta *eficacia limitada* que torne más ostensible la necesidad de intermediación del legislador, en caso de corporizarse la inoperancia de éste para cumplir la manda constitucional y, en consecuencia, su negativa a poner en funcionamiento aquella norma, el juez debería intervenir ejerciendo el control sobre la inconstitucionalidad por omisión acaecida.

Con tal propósito, podría activar alguna de las opciones a su alcance, *inter alia*, emplazar al legislador, efectuarle recomendaciones, o proporcionar directamente una solución provisoria desde la jurisdicción si aquel no respetara el contenido de la sentencia en cuestión.

Así, el magistrado conjugaría el principio de autonomía del legislador con la exigencia que sobre sí mismo pesa en cuanto a procurar el efectivo cumplimiento de los preceptos constitucionales.

En síntesis, creemos que el eje del asunto no radica centralmente ni se agota en una discusión puramente léxica o taxonómica, del tenor de debatir sobre la ortodoxia

436 Ídem.

437 *Ibid.*, pp. 59-60.

438 Seguimos aquí a PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 185-186.

de concebir normas constitucionales programáticas o normas constitucionales operativas, de recurrir a cualquier otra clasificación al respecto o de encapsularlas bajo un determinado rótulo.

Lo importante, en definitiva, sean cuales fueran las categorías tipológicas que se ensayaran para subsumir a aquellas normas, es que existan mecanismos para garantizar la efectividad de la Constitución, hacer viable su fuerza normativa y, en consecuencia, asegurar su supremacía, misión para cuyo cabal cumplimiento el control respecto de las omisiones inconstitucionales puede representar una significativa y valiosa pieza en el engranaje institucional del Estado Constitucional, en el que —aunque la apreciación pudiera alojar alguna tautología— la Carta fundamental debe ocupar un lugar de privilegio.

4. División de poderes y libertad de configuración normativa del legislador

A) En complementación de lo afirmado en otros segmentos de esta investigación, entendemos que no sería válido negar al legislador su legítima libertad de conformación o configuración normativas.

Sin embargo, captada en su justa medida, tal libertad supone que aquel podrá seleccionar la oportunidad adecuada para emanar la legislación y elegir qué contenido asignará a la misma, asunto que es bien distinto a legitimar una posposición *sine die* de la normativa en cuestión.

En otros términos, lo anterior quiere decir que está a su alcance elegir razonablemente el momento adecuado para dictar la ley y seleccionar qué tenor atribuirle, pero ello no implica quedar definitivamente relevado de emitir la legislación correspondiente, pues tal inercia podría ser controlada por la magistratura si bloquea arbitrariamente el vigor normativo de la Constitución; o si, ya en tarea de desarrollo constitucional, la preceptiva que sancione lesiona el principio de igualdad (u otros principios o valores constitucionales), al relegar injustificadamente a un grupo de lo que a otro concede en similitud de circunstancias.

Estar facultado para analizar la oportunidad, el mérito o la conveniencia del dictado de una determinada norma no supone, en palabras de BIDART CAMPOS, “*inmunidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera lo que le incumbe al órgano*. 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 de 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*⁴³⁹.

B) No cabría desdeñar la advertencia que VILLAVERDE MENÉNDEZ formula en el sentido de que el silencio del legislador puede ser un sutil instrumento en sus manos para disponer de la voluntad del constituyente a su antojo, y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una manera mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la ley⁴⁴⁰. Propone así que, a través del control de las omisiones inconstitucionales, se supere esa imagen inocua del legislador silente, sosteniendo que la omisión será censurable si con su silencio el legislador alterara el contenido normativo de la Constitución⁴⁴¹.

Es que, como con agudeza postulara GÓMEZ PUENTE, si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto, como de hacerlo sobre una omisión legislativa⁴⁴².

A su vez, el autor citado en último término explica que el hecho de que ese control adquiera matices propios de la actuación normativa es perfectamente comprensible tratándose de reducir una omisión legislativa, y aunque no fuera así, sucedería lo mismo, pues dicho control se dirige contra un poder normativo, ya que no en vano suele reconocerse o reprocharse a los tribunales constitucionales la condición de legislador negativo⁴⁴³.

C) En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en los que reiteradamente hemos reclamado de la justicia constitucional una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, GÓMEZ PUENTE indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación jurídico-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter⁴⁴⁴.

439 BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 167-168.

440 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 3.

441 Ídem.

442 GÓMEZ PUENTE, Marcos, op. cit., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, p. 270.

443 Ídem.

444 Ídem.

Paralelamente, y para testimoniar la estrecha vinculación existente entre la verificación y el control de la omisión legislativa por el juez constitucional y la labor interpretativa e integrativa del derecho por éste, se visualiza que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad⁴⁴⁵.

D) En definitiva, de ningún modo se propone aquí transgredir la separación de poderes ni coartar la libertad de configuración del legislador, sino que lo que en realidad se procura mediante el control ejercitable sobre las omisiones inconstitucionales es justamente lo contrario: coadyuvar a que se garantice y asegure la sujeción del poder a la Constitución, Norma básica que vincula a todos los poderes constituidos en el marco de un bien entendido Estado Constitucional.

5. ¿Gobierno de los jueces?

A) Con algún punto de toque con la crítica inmediatamente anterior, ciertos detractores del instituto enfatizan sus discrepancias apuntando a que éste podría abrir la puerta a un “gobierno de los jueces”.

En realidad, la denominación “gobierno de los jueces” proviene de EE.UU. donde se la conoce como *Government by the Judiciary*. Desde allí fue difundida al mundo francófono identificándola como *Gouvernement des Juges*, entre otros —aunque pionera y fundamentalmente— de la mano de LAMBERT⁴⁴⁶, y luego extendida a la literatura jurídica de otros sitios de Europa, v. gr., Italia o Alemania.

En este último país puede, por ejemplo, citarse la dura crítica de FORSTHOFF que, en defensa de los métodos tradicionales de interpretación (gramatical, histórico, lógico y sistemático) impulsados por SAVIGNY y en contra de los “nuevos métodos” pretendidamente extraños a la ciencia del derecho, ha puntualizado que al influjo de estos últimos la Constitución pasa a convertirse en expresión de la ideología gremial de los jueces y se produce la *transformación del Estado de Derecho en Estado de la Judicatura (Justizstaat)*⁴⁴⁷.

445 Ídem.

446 Ver, por ejemplo, LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, M. Giard & Cie., Paris, 1921.

447 FORSTHOFF, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Nomos,

Urge aclarar que los autores citados en los párrafos anteriores no refutan directamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, sino en general cualquier incremento de la discrecionalidad judicial al momento de interpretar y aplicar las disposiciones jurídicas, que permita a los jueces “crear” derecho. Los argumentos de aquellos son modelados discursivamente y utilizados por quienes sí cuestionan la corrección de las pretericiones inconstitucionales por la magistratura constitucional, imaginando en tal atribución un desmesurado avance de ella primordialmente sobre la superficie funcional del Poder Legislativo.

Para cerrar el círculo de tratamiento del problema específico que aquí abordamos, conviene dejar constancia de que las respuestas doctrinarias a las objeciones de FORSTHOFF no se hicieron esperar. Por citar un ejemplo al respecto, traemos la visión de un encumbrado autor alemán: Otto BACHOF.

Éste trazó un esquema argumental que perfectamente podríamos suscribir hoy, a más de cinco décadas de ser expuesto. Planteó entonces: que el juez siempre tiene, incluso bajo el dominio del más estricto positivismo legalista, una parte en la creación del derecho que no se puede ignorar; que por lo mismo, la idea de que el juez se limita a la mera subsunción del caso bajo la ley, sin que su voluntad juegue ningún papel, ha sido hace tiempo desterrada; y que en toda interpretación judicial de una norma se conforma al mismo tiempo dicha norma en parte, y en todo juicio de valor que el juez lleva a cabo hay siempre un componente de decisión originaria sobre el ordenamiento jurídico⁴⁴⁸.

Con mayor o menor nitidez, vemos aquí plasmadas imágenes de diversas cuestiones que hemos venido planteando en este trabajo: *i*) las diferencias cualitativas del rol y las facultades del juez entre el Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional; *ii*) la necesidad de aquel de explorar nuevas vías hermenéuticas para resolver cuestiones complejas, en tanto la subsunción —sin haber desaparecido— no es una alternativa útil a la hora de enfrentarse con conflictos entre derechos o entre principios constitucionales en supuestos dilemáticos; *iii*) la tarea nomotética o nomogenética que tiene el juez constitucional, a quien ya no le es posible quedarse varado en el marco de una labor exclusivamente nomofiláctica; e incluso, *iv*) al hilo de ello, se insinúan ciertos rasgos de la legitimación para pronunciar sentencias interpretativas por parte de aquel.

Baden-Baden, 1976, pp. 51-79; mencionado en el interesante libro de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 280.

Uno de los destinatarios del tajante rechazo a las nuevas propuestas hermenéuticas fue el conocido jurista alemán Rudolf SMEND, que —como tuviéramos ocasión de explicar— propiciaba el método denominado “científico-espiritual”.

448 BACHOF, Otto, “Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge”, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für Hans Huber zum 60 Geburtstag*, Stämpfl & Cie., Bern, 1961, pp. 27 y ss., 44 y ss.; referido por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit. en llamada anterior, p. 280, nota 98 a pie de página.

B) Aunque paradójico, es precisamente en uno de los puntos de cuestionamiento que se levantan contra la posibilidad de controlar las pretericiones inconstitucionales (la vulneración de la división del poder o división de funciones —en terminología *guastiniana*⁴⁴⁹—), donde se aloja un significativo pilar para sustentar la viabilidad de semejante modalidad de inspección constitucional.

Efectivamente, es en el contexto de un esquema gubernamental de verdadero (y no sólo declamado) respeto por el principio republicano de escisión del poder, donde podría operar el ejercicio cabal de tal aptitud fiscalizadora por parte de la magistratura jurisdiccional.

Mutatis mutandis, en línea convergente GARCÍA PELAYO ha explicado: “Para que realmente la judicatura pueda desarrollar el papel que le asignan los autores alemanes [se refiere al realce que adquiere la función judicial, encaramándose como uno de los poderes fundamentales del Estado y como eficaz custodio del orden constitucional y de los valores jurídicos permanentes] *es preciso que su independencia respecto a los otros poderes no sea solamente formal, sino también real*”⁴⁵⁰.

C) No es que se pretenda habilitar un “arma” para convalidar “indebidas interferencias” de la judicatura en los restantes órganos estatales. De lo que sí se trata es de evitar que la mora legislativa (o la de los órganos competentes) bloquee la fuerza

449 Por razones de simplicidad, en tanto la fórmula léxica “división de poderes” es ampliamente conocida y empleada, mantendremos aquí su utilización.

Sin embargo, no ignoramos por ejemplo la interesante posición de GUASTINI, quien escinde en dos las diferentes técnicas de organización del poder político, distinguiendo entre “separación *de los poderes*” y “división *del poder*” [énfasis del original].

Sobre la primera y antes de señalar que según la doctrina clásica el Estado cumple tres funciones (legislativa, jurisdiccional y ejecutiva), advierte que el vocablo “poder” condensa en sí dos significados: a) “poder” referido a las funciones del Estado, donde “función” a su vez denota una actividad, esto es, una clase de actos; y b) “poder” en referencia a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones. Desde ese punto de vista, juzga que la *separación de los poderes* consiste en una doble separación: de las funciones y de los órganos. Por su parte, entiende que el modelo de separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el de especialización de las funciones y el de independencia recíproca de los órganos. En otras palabras “separar” significa *especialización* cuando está referido a *funciones*, e *independencia* cuando se refiere a *órganos*.

De su lado, “división del poder” es la técnica de organización constitucional comúnmente conocida como *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Se rige por la simple idea de MONTESQUIEU según la cual “sólo el poder frena al poder” y en ese sentido, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos, es necesario no ya que los “poderes” estén perfectamente “separados”, sino por el contrario, que a cada “poder” se contraponga otro, capaz de condicionarlo y de frenarlo.

Respecto de todo lo anterior, véase GUASTINI, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, trad. de María Bono López, op. cit., *Estudios de teoría constitucional*, pp. 59-83, en esp. pp. 59-60, 64 y 66.

450 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Algunos temas de Derecho Constitucional contemporáneo”, en *Obras completas*, Tº III, CEC, Madrid, 1991, p. 2820 (y su relación con lo expresado en p. 2819).

normativa de la Constitución. Un argumento de no menor centralidad indica que la Ley fundamental es la fuente primera y superior (es “fuente de fuentes”)⁴⁵¹, no así los órganos del poder constituido, los que (improcedentemente) se autoarrogarían la calidad de fuente de legitimidad (incluso sobre la propia Constitución) en la medida en que —al influjo de su inercia— harían sucumbir los designios constitucionales.

Siempre existen remedios o antídotos contra los potenciales “desbordes” de la magistratura, v. gr.: la autolimitación judicial, que se conoce en el derecho norteamericano como *self-restraint* y, entre otras alternativas, la posibilidad de que el órgano remiso dicte en cualquier momento la norma que resulta suplida por la sentencia “aditiva” para sortear una inconstitucionalidad por omisión relativa (temática sobre la que volveremos).

Concretamente en referencia a esta última tipología de resoluciones (“aditivas”) y a las probables limitaciones para evitar los “excesos” jurisdiccionales, PIZZORUSSO ha precisado que “es notorio que, mediante el recurso a esta técnica, se abren muy amplias posibilidades de innovación del ordenamiento mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, con la consiguiente amenaza de desbordar el marco general de distribución de funciones entre los órganos constitucionales del Estado. Este riesgo, sin embargo, puede ser oportunamente conjurado por los ‘frenos’ siguientes: **a**) mediante la propia *autolimitación* (‘self-restraint’) a la que recurre frecuentemente el Tribunal, no ya sólo en virtud de una genérica prudencia por parte de sus miembros sino también por la advertencia de la posibilidad con que cuenta el Parlamento ‘to curb the Court’ mediante intervenciones legislativas o a través de la revisión constitucional en el caso de una grave situación de conflicto [...]; **b**) por la circunstancia de que la iniciativa en el proceso constitucional corresponde a sujetos extraños al propio Tribunal, sobre los que éste tiene sólo una influencia limitada; le queda sólo al Tribunal la posibilidad de proceder ante sí mismo como juez ‘a quo’; **c**) por la posibilidad —ratificada prácticamente a lo largo de toda una diversidad de casos— de *llegar a acuerdos informales entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales* con vistas, al menos, a la aceleración o ‘atemperamiento’ [sic] en el ritmo de determinados procesos”⁴⁵².

D) Sentado ello, es casi de Perogrullo reiterar la exigencia de una elevada dosis de prudencia, medida y equilibrio en el accionar de la magistratura, para sortear el riesgo de deslizarse hacia una “*banalización de las inconstitucionalidades*”⁴⁵³.

451 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 169.

452 PIZZORUSSO, Alessandro, op. cit., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tº II, p. 342.

453 La expresión corresponde a GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 333.

Ahondando en las necesarias dosis de equilibrio judicial para ponderar los efectos de la decisión por adoptar, y a salvo las diferencias en cuanto a los sistemas de control constitucional (órganos que lo desarrollan, modalidad de tal fiscalización, efectos de las sentencias —*inter alia*—) entre la jurisdicción constitucional en países de Europa que mayoritariamente adoptan el control concentrado y la Argentina que prohija el difuso, pero con una textura de suficiente importancia como para ser insertado aquí, conviene colacionar el interesante enfoque que brinda GARCÍA DE ENTERRÍA, quien se refiere a la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (i.e., políticas) de la decisión que está llamado a dictar, en tanto la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y sus criterios de fondo⁴⁵⁴.

El maestro español reenvía a BACHOF, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son “políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”, por lo que, “más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias”⁴⁵⁵ [remarcado del original].

En definitiva, la conclusión a la que arriba GARCÍA DE ENTERRÍA es que el tribunal constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones⁴⁵⁶; sin embargo, y citando nuevamente a BACHOF, matiza la apreciación en cuanto a que “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento. [...] En caso de conflicto entre el Derecho y la política, el juez está sólo vinculado al *Derecho*”⁴⁵⁷ [énfasis del original].

En otras palabras, el tribunal constitucional, en su doble función de tribunal y órgano constitucional, no podría rehuir el examen de las consecuencias políticas del pronunciamiento a emitir, pero en definitiva, y más allá de ello, su vinculación última ancla raíces en el Derecho.

454 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 179-180.

455 BACHOF, Otto, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, publicado en la recopilación a cargo de HÄBERLE, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. en nota anterior, p. 180.

456 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 183.

457 BACHOF, Otto, op. cit., “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, pp. 302-303; mencionado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. en nota anterior, pp. 183-184.

E) Complementariamente y *mutatis mutandis*, se ha aseverado que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores, y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico, puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico. Se ha añadido que la interpretación de la norma (y, agregamos, la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve⁴⁵⁸.

Para engarzar las apreciaciones siguientes con otras vertidas anteriormente acerca de la magnitud normativa de la Constitución, parece conveniente recrear —por precisión y actualidad— algunas afirmaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA que, aunque dirigidas a justificar genéricamente la existencia de la justicia constitucional contra las objeciones que se le formulan, resultan válidas para brindar plafón legitimante también a la procedencia del control sobre la inconstitucionalidad omisiva.

Así, pone en primer plano una fórmula sintetizadora de su pensamiento al aseverar que *todo el problema enraíza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica*. Puntualiza que si la respuesta es negativa, la Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento cuando el equilibrio de estos cambie; pero si a la Constitución se la provee de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad de que se trate, la perspectiva cambia y la Constitución no será considerada ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos⁴⁵⁹, sino como “el estatuto básico de la vida común, lo cual implica [...] una necesidad nueva, no presente en las Constituciones puramente mecanicistas, la *necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como a la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad*”⁴⁶⁰. Y si a esta definición de esferas de actuación se la dota deliberadamente de la condición de *norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente*⁴⁶¹.

458 SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 114 y ss.

459 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 175.

460 *Ibid.*, p. 176.

461 Ídem.

De esta manera, a la justicia constitucional le corresponderá siempre hacer prevalecer la Constitución, sea suprimiendo los actos normativos incompatibles con ella, sea supliendo las omisiones inconstitucionales o urgiendo a que éstas sean salvadas por los órganos competentes en orden a evitar o remediar que se retarde o dificulte la efectivización de la Ley fundamental⁴⁶².

6. El ejercicio del control sobre la inconstitucionalidad omisiva rebasaría la naturaleza del tribunal constitucional como “legislador negativo”

Esta respuesta será breve pues en otros segmentos de esta investigación hemos expuesto nuestra posición sobre la actual insuficiencia del paradigma kelseniano de “legislador negativo”. Reenviamos, así, a lo puntualizado precedentemente y también a algunas de las consideraciones que acabamos de exponer en el apartado anterior al replicar el cuestionamiento en torno al alegado peligro del “gobierno de los jueces”.

Indudablemente los tribunales constitucionales, con mayor o menor dosis de activismo o arrojo, despliegan una actividad creadora de derecho. Por cierto, al examinar el copioso catálogo de posibilidades sentenciales que desde hace bastante tiempo se viene perfilando en la práctica jurisdiccional comparada (por ejemplo, en los sistemas alemán, italiano o español; y también en el colombiano o el peruano), queda sobre la superficie la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la estrechez del modelo del “legislador negativo” y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente, entre otros problemas, a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión⁴⁶³.

En otras palabras, las necesidades funcionales cotidianas de la justicia constitucional la han empujado a elaborar *sentencias “atípicas o intermedias”* que escapen de la única y cuasi automática alternativa entre desestimar la demanda y mantener en el ordenamiento jurídico la norma cuestionada, por un lado, o acoger la acción y desterrar del sistema la cláusula enjuiciada a través de su declaración de invalidez constitucional, por el otro.

Aquella praxis jurisprudencial comparada muestra también cómo los tribunales, las cortes y salas constitucionales paulatinamente acentúan la búsqueda de opciones

462 Cftar. BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 7ª ed. atualiz., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 170.

463 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, España, 2000, *passim*.

para enfrentar, principalmente, las inercias legislativas inconstitucionales *relativas*. También, aunque con menor intensidad, las *absolutas*.

De hecho, se observa el dictado de pronunciamientos “aditivos clásicos o puros”, decisiones exhortativas, resoluciones apelativas, fallos de mera inconstitucionalidad sin nulidad e incluso (ya específicamente en Italia) sentencias “*additive di meccanismo*” o “*additive a dispositivo generico*”, por enumerar sólo algunos de los instrumentos tendientes a salvar las pretericiones inconstitucionales.

Convergentemente, el recurso al diferimiento de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y los exhortos dirigidos al legislador tienden, en mayor o menor medida y respectivamente, a que la actividad legisferante se ponga en marcha para subsanar un dispositivo legal insuficiente ante el déficit de protección que contiene en detrimento de determinados (frustrados) destinatarios legítimos que no quedaron alcanzados por la cobertura de dicha normativa; o bien, para impulsar al congreso o parlamento a emanar las previsiones correspondientes a los fines de desarrollar mandatos constitucionales ilegítimamente mediatizados.

Y si a todo ello se suma la existencia de disposiciones *constitucionales* (Portugal, en cierto sentido Hungría, Brasil, Venezuela, Ecuador) o *legales* (Costa Rica, República Dominicana), que *expresamente* han positivado el control sobre las omisiones inconstitucionales en el marco competencial de los respectivos tribunales, cortes o salas constitucionales de esos países, poco espacio queda para predicar que la crítica por el presunto desborde del rol de “legislador negativo” de los órganos máximos de justicia constitucional al combatir la inconstitucionalidad por preterición, pueda tener fuerte consistencia o sustentabilidad.

7. Control de las omisiones inconstitucionales y tesis de las cuestiones políticas no justiciables

A) Sería jurídicamente endeble un eventual argumento negatorio de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, esgrimiendo que se estaría ante la presencia de una cuestión política (*political question*), por ende, no susceptible de ser alcanzada por la fiscalización judicial⁴⁶⁴.

464 BIANCHI distingue cinco clases de “cuestiones políticas”, a saber: *a*) las cuestiones políticas por naturaleza; *b*) las cuestiones políticas funcionales; *c*) las cuestiones que el Congreso dice que son políticas; *d*) las cuestiones políticas creadas por la voluntad discrecional de los jueces; y *e*) las cuestiones políticas “encubiertas” (BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tº 2, 2ª ed., actualiz., reestruct. y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 272-285).

Por varias razones, una alegación genérica e indiscriminada en tal sentido resultaría insostenible.

En primer lugar, porque si la Constitución es la norma suprema de un ordenamiento jurídico y si ella ostenta vigor y densidad normativos, el garante del mantenimiento de tal supremacía efectiva es la justicia constitucional, que tiene la atribución-deber de ejercer tal control.

Ciertamente el contralor de constitucionalidad no es una concesión graciosa conferida a la magistratura judicial, sino que —a la par que potestad— es un *deber* que sobre la misma se cierne en pro de mantener la incolumidad jerárquica de la Ley fundamental.

Y si la omisión o inercia legislativas resultan violatorias de la Constitución y provocan un perjuicio, la judicatura debería intervenir para corregir tal situación jurídica anticonstitucional, no siendo sustentable el argumento proscriptivo de tal actuación so pretexto de que se trata de una pretendida “cuestión política”. Es que el Poder Legislativo, al igual que todas las autoridades públicas, se encuentra vinculado a la Constitución y su conducta *contra Constitutionem* puede provenir tanto de un ejercicio activo de la función legisferante (v. gr., dictar una ley que viole la Ley fundamental) como de una abstención (omitir el cumplimiento de una obligación de fuente constitucional y, por ejemplo, no desarrollar —o hacerlo deficientemente— un precepto constitucional en tal sentido).

En cualquiera de ambos casos (inconstitucionalidad por acción o por omisión) la magistratura puede y debe intervenir en el marco de su plexo competencial, para censurar y corregir el accionar o la inercia contrarios a la Constitución.

Sucede que, ya en el caso específico de la pretermisión del legislador, la vigencia de la Ley fundamental no puede quedar supeditada a su exclusiva merced, puesto que la preeminencia constitucional no le resulta disponible. En ese sentido, con acierto se ha subrayado que *la supremacía constitucional no sólo es supremacía sobre la ley; también, y sobre todo, esa supremacía se manifiesta como plena indisponibilidad de la Constitución por el legislador ordinario*⁴⁶⁵.

B) Un enfoque argumental que predicara que el control sobre la omisión del legislador atenta contra su autoridad o legitimidad democráticas (las que le faltarían al juez) y afecta la división de poderes tampoco resultaría decisivamente consistente, ya que *en función de dichas autoridad y legitimidad democráticas* es que en el Estado Constitucional el legislador *debe* someterse a la Constitución, acatar sus designios y cumplir sus imposiciones.

465 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 3.

Si no lo hiciera, no respetara el plazo fijado por la Ley fundamental o legislara deficitariamente, sería razonable pensar en la posibilidad de que la judicatura ejerciera su deber de control de constitucionalidad, restableciera la supremacía constitucional quebrada y asegurara los derechos y las garantías que la Carta magna consagra, instando al cumplimiento de la labor totalmente preterida o corrigiendo la legislación transgresora de la igualdad u otro principio constitucional al haber incurrido en omisión inconstitucional relativa.

Como propone VILLAVERDE MENÉNDEZ, no es irrelevante tomar en consideración que la relación entre Constitución y legislador no es una relación entre dos sujetos que pugnan por la soberanía; la relación es objetiva, de una norma con los actos normativos del sujeto al que le confiere la facultad de dictarlos. La función que cumple el control jurídico de los silencios legislativos es la de restablecer la supremacía de la Constitución si ha sido menoscabada por la quiescencia legislativa, no la de obligar al legislador a legislar. Así, aquella relación debe pensarse en términos de un equilibrio para que el legislador no pierda su autonomía política ni se convierta en un mero ejecutor constitucional⁴⁶⁶.

A su tiempo, SAGÜÉS indica que al Poder Judicial le toca advertir que debe reparar de algún modo las infracciones omisivas a la Constitución, dando satisfacción pertinente a los daños causados por tal silencio, lo que obliga a “judicializar aspectos que antes eran no justiciables, y a adoptar poses creativas a la vez que cautas, no por mera conveniencia o activismo, sino para tornar efectivo el mandato constitucional”⁴⁶⁷.

El autor referido advierte que el perímetro de las *political questions* no está por lo común delimitado por el texto constitucional, sino que es producto de las propias autolimitaciones fijadas por el Poder Judicial, cuyo contenido varía según el tiempo, por lo que *un cambio en la conciencia jurídica de un país puede restringir significativamente el área de las cuestiones no justiciables como ocurre con el tema de la inconstitucionalidad por omisión, mutación a la que contribuye el derecho comparado a través de las reglas constitucionales que tratan el tema y que estimulan su recepción por obra creativa de doctrinarios y jueces en los países que carecen de tales normas constitucionales específicas*⁴⁶⁸.

C) Fuera y más allá de la vinculación estricta entre el problema de la inconstitucionalidad por omisión y la improcedencia de alegar la inmunidad de tales

466 *Ibid.*, p. 5.

467 SAGÜÉS, Néstor P., op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales”, p. 280.

468 *Ibid.*, pp. 272-273.

cuestiones no justiciables frente al contralor judicial, se aprecia que, afortunadamente, en el ámbito de la jurisprudencia de la CSJN argentina tal doctrina proscriptiva se encuentra en repliegue⁴⁶⁹, lo que evidencia una percepción aperturista del Alto Tribunal en pro de ensanchar el horizonte de las cuestiones justiciables y, *a fortiori*, se ven ampliadas las posibilidades del control respecto de las omisiones lesivas de la Constitución o, al menos, se estrangula el margen para que el órgano judicial acuda a aquella categoría de cuestiones impenetrables jurisdiccionalmente y negarse, así, a ingresar a su estudio.

8. Riesgo de politización del Poder Judicial o el tribunal constitucional

Se ha sostenido que el control de la inconstitucionalidad por omisión es un *instrumento de politización de la justicia constitucional*, sobre todo cuando es manifestación no de una indolencia del legislador, sino de una decisión política⁴⁷⁰.

Discrepamos de tal percepción. Es que existe una premisa básica en el Estado Constitucional: la justicia constitucional es política por su materia, lo que supone bregar con cuestiones de ese talante afrontándolas reflexivamente con métodos y criterios jurídicos; por tanto, no puede vivir aislada de los procesos y problemas políticos.

El derecho constitucional y el derecho procesal constitucional, al concentrarse en lo público, en lo institucional, en la defensa de la Constitución, en la protección de los derechos fundamentales, necesariamente se revisten de una textura jurídico-política.

Así, si la justicia constitucional se ocupa de un derecho como el constitucional, que distribuye posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político,

469 Aunque con algunos *lunares* (v. gr. “Guadalupe Hernández, Simón Fermín”, resuelto el 31 de agosto de 1999 —*Fallos*, 322:1988—), diversas causas dirimidas por la CSJN argentina brindan testimonio en tal sentido, por ejemplo: “Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fe”, de 22 de junio de 1999 (*Fallos*, 322:1253); “Fayt, Carlos S. c/ Nación Argentina”, de 19 de agosto de 1999 (*Fallos*, 322:1616); “Zavalía, José L. c/ Provincia de Santiago del Estero”, de 21 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3852); “Hooft, Pedro Cornelio F. c/ Provincia de Buenos Aires”, de 16 de noviembre de 2004 (*Fallos*, 327:5118); el ya abordado caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 29 de marzo de 2005 (*Fallos*, 328:566); “Bussi, Antonio Domingo c/ Estado nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ Incorporación a la Cámara de Diputados”, de 13 de julio de 2007 (*Fallos*, 330:3160); y “Patti, Luis Abelardo s/ Promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación”, de 8 de abril de 2008 (*Fallos*, 331:549).

470 Para graficar esa aprensión, que no comparte, VILLAVERDE MENÉNDEZ cita la decisión del *BVerfG* 1, 97, de 19 de diciembre de 1955 y, entre otras referencias autorales, el razonamiento de LEIBHOLZ, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Scriptor, Kronberg/Ts., 1974, 3ª ed., reimpres., 1967, pp. 177-178 (vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 29-32 y nota 19).

consecuentemente el objeto sometido a su examen “*viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político*”⁴⁷¹. De su lado, específicamente el ejercicio del control de constitucionalidad origina un fuerte impacto político-institucional.

En una interesante aproximación, referida al escenario jurídico alemán pero con valencia exógena, HÄBERLE ha puntualizado que el Tribunal Constitucional Federal “*decide, juzga en nombre de la Ley fundamental y es parte del proceso político, lo dirige y es influenciado por él y en él influye: ello se debe a que su objeto es la Constitución de la comunidad política*”. Ha añadido que “[e]sta ‘res publica’ es cosa de todos. *La confrontación entre Derecho y Política, entre función jurisprudencial y función política, la terminología ‘Derecho apolítico’ no pueden continuar*”⁴⁷².

De allí que no alcanzamos a ver cómo la declaración de inconstitucionalidad *positiva*, es decir, de un producto normativo, no llevaría a la politización del tribunal constitucional o de la corte suprema de justicia, mientras que la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales del legislador, que supondría censurar una inconstitucionalidad *negativa*, sí lo haría.

Cerramos este capítulo resaltando que, frente a la supremacía y la normatividad de la Constitución, la vinculación a ésta de todos los poderes constituidos (incluido, claro está, el parlamento o congreso) y la evolución del rol de los tribunales constitucionales (que ya no actúan solamente como “legisladores negativos”), no comprendemos de qué manera un control prudente y serio desplegado por aquellos respecto de la indolencia legislativa en materializar las determinaciones normativas, mantenida durante un plazo temporal prolongado, podría acrecentar el riesgo de *politización* de los órganos de cierre de la justicia constitucional.

471 Ver CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 304.

472 HÄBERLE, Peter, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 125, julio-septiembre de 2004, trad. de Joaquín Brage Camazano, CEPC, Madrid, p. 11.

TÍTULO NOVENO

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

CAPÍTULO

I

**CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD**

I. Consideraciones introductorias

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el “control de convencionalidad” a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH y a los estándares interpretativos forjados por la Corte IDH.

Para desandar parte importante del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que aquí se aborda.

En esa dirección, contextuaremos el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual del mismo; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo, su ámbito de cobertura y la viabilidad de desarrollarlo de oficio.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de algunos órganos de cúspide de la justicia constitucional latinoamericana (específicamente en nuestro país y también en Colombia y México), para indagar cómo ha sido receptado y qué impacto ha producido el control de convencionalidad en los respectivos escenarios jurídicos que serán puestos en foco.

Posteriormente, y antes de ingresar al sector del epílogo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia*

*constitucional*⁴⁷³ en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *la protección y la realización de los derechos en el área interamericana*.

Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellas, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

El presente capítulo se elabora e incluye aquí por cuanto el control de convencionalidad resulta de fundamental importancia precisamente en el Estado *Constitucional y Convencional* actual y porque además nos servirá como plataforma de lanzamiento para adentrarnos, ya en el capítulo siguiente, en la problemática de la *inconventionalidad por omisión*.

II. Apreciaciones contextuales

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad, en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario resalta la medular cuestión de los derechos humanos, que es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional. En otras palabras, la temática de los derechos fundamentales hace mucho tiempo ha dejado de ser una preocupación exclusiva de los Estados o de estar relegada sólo al derecho doméstico.

Ciertamente, no se nos escapa que la dimensión interamericana (al menos en el aspecto jurisdiccional) ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párrafo 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario del espectro interamericano, está pensada para acordar al

473 Bajo tal expresión involucramos a las cortes supremas de justicia (v. gr., México, Argentina), las salas constitucionales localizadas en cortes o tribunales supremos de justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los tribunales o cortes constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, República Dominicana), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales, o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extrapoderes o entes constitucionales autónomos.

Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en los primeros ámbitos de tutela cabal de tales derechos, pues como se ha afirmado “no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia”⁴⁷⁴.

Convergentemente, GARCÍA RAMÍREZ resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*⁴⁷⁵.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo cuando, como sucede hoy, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa⁴⁷⁶, al menos

474 PÉREZ TREMPES, Pablo, “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

475 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 11.

476 Venezuela escapa de la mayoría de Estados a la que se apunta en el texto, ya que el 10 de septiembre de 2012 comunicó al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) su denuncia de la CADH. Es preciso subrayar que la denuncia venezolana comenzó a producir efectos jurídicos un (1) año después de formulada (10 de septiembre de 2013), en los términos del art. 78.1, *Ibid*.

Sin embargo, la denuncia no se aplica a los casos pendientes durante el año de preaviso, ni tampoco a los que acontezcan durante ese año. Respecto de todos ellos la Corte IDH conserva su competencia bajo la CADH (art. 78.2).

Acerca de la Comisión IDH, incluso después del 10 de septiembre de 2013 y en tanto Estado Miembro de la OEA, Venezuela sigue sujeta a la jurisdicción de aquella y a las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la DADDH (ambas suscritas por dicho Estado en 1948). Al respecto, el art. 53 de la Carta de la OEA preceptúa que esta Organización realiza sus fines por medio de varios órganos, entre ellos la Comisión IDH, por lo que mientras Venezuela continúe siendo Estado Parte de la OEA, la Comisión deberá seguir cumpliendo su mandato de promoción y supervisión de la situación de derechos humanos en ese país, y tramitando peticiones, casos y medidas cautelares. Es que, como se sabe, la jurisprudencia y la práctica del sistema interamericano han reconocido que la DADDH es fuente de obligaciones legales para los Estados Miembro de la OEA, incluidos, en particular, los que no son parte de la CADH.

Aunque no se trate de una nación latinoamericana, vale evocar que antes de Venezuela, Trinidad y Tobago ya había denunciado la Convención, luego de trascendentes sentencias emitidas por la Corte IDH en torno a la aplicación de la pena de muerte en dicho país. Tal denuncia entró en vigor el 26 de mayo de 1999 y la Corte IDH continuó entendiendo en casos contra dicho Estado, en los términos de los arts. 78 y 62.1 de la CADH, en relación con violaciones a los derechos humanos acaecidas en el país durante el tiempo en que era Estado Parte de la Convención (acerca de lo mencionado en los dos últimos párrafos de esta nota, ver el Comunicado de Prensa “CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, Comisión IDH, 10 de septiembre de 2013; fuente: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp).

desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH⁴⁷⁷, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁴⁷⁸, el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquel no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima y/o sus familiares, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso, sin perjuicio de las facultades de supervisión que al respecto ostenta el Tribunal Interamericano en esta última etapa de exigencia compulsiva de sus decisorios.

Así, se torna irrecusable asumir la imprescindibilidad de la protección de los derechos humanos para legitimar tanto el Estado Constitucional y Convencional, como el sistema internacional en general e interamericano en particular. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁷⁹ (CVDT) de 1969, en los arts. 53 y 64.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa⁴⁸⁰ determinando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por su parte, la segunda

477 Cfr. art. 68.2 de la CADH.

478 Cfr. art. 46.1.ª de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

479 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

480 Establece además, en su parte inicial, que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente), han establecido la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (concepto que hoy debe leerse a la luz del postulado de igualdad soberana de los Estados) y que —en definitiva— son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos⁴⁸¹.

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos, también *erga omnes*, para asegurar su respeto⁴⁸².

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional⁴⁸³.

Específicamente en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse, por ejemplo, cuando argumenta que aquel cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación*; a la *proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes*; y al *derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho

481 Ver RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., 2ª reimpres., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 154-155.

482 Cfr. *mutatis mutandis*, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. revis., Thomson - Civitas, Navarra, 2008, pp. 148-151.

483 Vid. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrafos 98 y 99.

convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquellas, ya que los principios reconocidos por las “naciones civilizadas” son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que en no pocas ocasiones origina una urdimbre de relaciones conflictivas.

III. Acerca del control de convencionalidad

1. Ámbito de análisis

En primera medida, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema específico del control de convencionalidad, que se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —Comisión IDH—) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (también las legislativas y administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o de las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo (e incluso el propio BODINO⁴⁸⁴ reconocía como límite al “Derecho

484 El citado teórico francés reconoció expresamente que el *poder soberano está vinculado por el Derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose sólo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, CARPIZO expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra

de gentes”), basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (además de los principios fundamentales que surgen de los arts. 26, 27 y 31.1 de la citada CVDT) se encargaría de desvirtuar radicalmente un intento argumentativo semejante⁴⁸⁵.

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que —como adelantábamos— impone el Estado Constitucional y Convencional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

2. Aproximación conceptual

Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho control, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

A) *Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional* y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia

en *Los seis libros de la República*, de Juan BODINO, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, CARPIZO advierte que BODINO tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el Derecho internacional (inter-gentes)” (CARPIZO, Jorge, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 28, julio-agosto de 1982, CEC, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, FLORES OLEA ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque los *príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de gentes*. BODINO distingue, nitidamente, entre *Derecho y Ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque *sí al Derecho divino, natural y de gentes*” [cursivas del original] (FLORES OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, UNAM, México, D.F., 1969, pp. 64-65; aludido por CARPIZO, Jorge, op. cit. en párrafo anterior, p. 197 y nota 4 a pie de página).

485 Ver para ampliar el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

—v. gr.— la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

B) Contexto interno

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*⁴⁸⁶ capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquel ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que, en principio y siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y, paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

486 Se ha señalado que la expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver O’DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

3. La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos —por supuesto, no taxativamente— la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución “control de convencionalidad” ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizadora.

Todo indica que fue el hoy expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”⁴⁸⁷, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte. Aunque es preciso consignar que el citado exjuez centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe —*mutatis mutandis*— como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el “Caso Tibi vs. Ecuador”⁴⁸⁸, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos*, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párrafo 3°).

En un voto razonado elaborado en el “Caso López Álvarez vs. Honduras”⁴⁸⁹ y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”—, debe explorar las circunstancias *de iure* y *de facto* del caso (párrafo 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”⁴⁹⁰ (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano y otros

487 Corte IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párrafo 27.

488 Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

489 Corte IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

490 Corte IDH, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

vs. Chile”, del que nos ocuparemos *infra*), el citado exmagistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párrafo 6°), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párrafo 7°).

Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados Parte de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna.

Se trata del anunciado “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”⁴⁹¹.

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, puso de manifiesto que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁹², tópico que retomaremos.

491 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párrafo 124.

También lo ha expresado, v. gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párrafo 173.

492 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit., párrafo 128.

Asimismo, si confrontamos los fallos pronunciados en los casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, se hace notorio el mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad que exhibe este último respecto de lo verbalizado en el primero de los decisorios nombrados.

En efecto, mientras que en aquel la Corte expresó un tanto genéricamente que el Poder Judicial debe ejercer una *especie de ‘control de convencionalidad’*, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben realizar *no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’*. En síntesis, ya no se refirió laxamente a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que aludió explícitamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del control de constitucionalidad, *un control de convencionalidad*.

Y si a ello le adicionamos que, como quedó anunciado y luego ampliaremos, en el mismo caso determinó que los magistrados deben efectivizar el control de convencionalidad incluso *de oficio* (por supuesto, también a pedido de parte), *es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad*.

4. Objetivo genérico

A) *Prolegómeno*

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado y evitar que éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno

los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares⁴⁹³.

Añadió que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación,’ éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales⁴⁹⁴.

B) Dinámica jurisprudencial de la Corte IDH en el particular

En definitiva, como vimos *supra* y con mayor o menor dosis de contundencia léxica, en los citados casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH impuso a los poderes judiciales de los Estados la obligación de concretar el *control de convencionalidad* de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos *vis-à-vis* la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal Interamericano que, como se sabe, es el intérprete último de aquel.

Sólo por traer a colación un pionero ejemplo de recepción del control de convencionalidad en las jurisdicciones constitucionales nacionales, en “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad⁴⁹⁵, de 13 de julio de 2007, la CSJN argentina —por mayoría⁴⁹⁶— aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción mayoritaria).

Para conformar tal matriz argumental recibió expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párrafo 124 de la sentencia recaída en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, siendo al efecto particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del Máximo Tribunal nacional en punto al deber del poder judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que —añadimos por nuestra parte— significa discernir si una norma interna *es o no convencional*.

493 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, op. cit., voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 8°.

494 Ídem.

495 *Fallos*, 330:3248.

496 Los alineamientos fueron: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la jueza Argibay.

Como el Tribunal Interamericano dejó en claro en el “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, ello significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH⁴⁹⁷.

Ya en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (párrafo 225)⁴⁹⁸.

Respecto del panorama someramente descrito, es útil traer a colación otro ingrediente de importancia sustancial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” (párrafo 239)⁴⁹⁹.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar control de convencionalidad a *cualquier autoridad pública*, lo que representa un mandato con un tenor tal de generalidad que, de no ser debidamente delimitado por aquella en futuros pronunciamientos, es posible intuir que traerá aparejadas dificultades operativas en el plano interno.

A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en el “Caso López Mendoza vs. Venezuela”⁵⁰⁰ y en el “Caso

497 Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párrafo 78.

498 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

499 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

500 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párrafo 228.

Atala Riffo y Niñas vs. Chile⁵⁰¹ que, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.

De su lado, en los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte IDH puntualizó que es “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad⁵⁰²”.

Para cerrar este segmento y procurar compendiar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) El Poder Judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad (“Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”).
- ii) Los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”).
- iii) El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (“Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”).
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial deben llevar adelante la fiscalización convencional (“Caso Gelman vs. Uruguay”).

501 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párrafo 284.

502 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párrafo 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 72.

- v) Se impone la *adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH* (casos “López Mendoza vs. Venezuela” y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”).
- vi) Existe la *obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales)* de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control *complementario* de convencionalidad (casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo).

5. ¿Cuál es el parámetro del control de convencionalidad?

Nos aventuramos a plantear que el material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la CADH, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH. En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párrafo 2°).

En tal sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99⁵⁰³, específicamente en el párrafo 115, el Tribunal Interamericano sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho

503 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”.

Para cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva O.C.-17/2002⁵⁰⁴, el Tribunal Interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática*” (párrafo 92)⁵⁰⁵.

6. Espectro de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: ¿las constituciones nacionales pueden ser susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación.

Necesariamente debemos acudir —una vez más— al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984⁵⁰⁶, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” (párrafo 14).

504 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17.

505 Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el exjuez Cañado Trindade en su voto concurrente a la O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrafos 18, 31 y 50; además de los párrafos 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus juris* de los derechos del niño”.

506 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4.

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”⁵⁰⁷, donde decidió que el Estado debía “*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquel había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párrafo 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párrafo 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n la competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad, asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor.

Sea como fuera, en el varias veces citado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH parece clarificar la incógnita —al menos en abstracto— al enfatizar en el también nombrado párrafo 128 que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.

Hemos remarcado *ex professo* la expresión “normas internas”, por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho interno que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis*, entre otros instrumentos, la CADH envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el aludido párrafo 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

7. Sobre el control de convencionalidad de oficio

La aplicación oficiosa de tal modalidad de control, que supone una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades públicas) de la

507 Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.

jurisprudencia internacional, puede *inter alia* explicarse —empleando *mutatis mutandis* las palabras de JIMENA QUESADA— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁵⁰⁸.

La propia Corte IDH ha abierto el espacio para una interpretación extensiva en tal sentido, pues —basándose en el citado principio *iura novit curia*— al desarrollar su tarea jurisdiccional en casos contenciosos, no se ha autolimitado a las alegaciones que expresamente hubiera realizado la Comisión IDH en el escrito de demanda⁵⁰⁹ o la víctima y/o sus representantes en las presentaciones que articulan. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional), “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella”⁵¹⁰.

508 JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9) y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, op. cit., pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).

509 Ello por supuesto responde al esquema anterior a las modificaciones reglamentarias en la Comisión y la Corte IDH operadas en 2009. En el caso de la Comisión, la innovación fue aprobada durante su 137º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 (luego retocado el 2 de septiembre de 2011). Respecto de la Corte IDH, la enmienda en cuestión se produjo durante su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

En el escenario actual se aprecia una mutación del rol de la Comisión en el ámbito del desenvolvimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte. En función de ello, ha desaparecido la calificación que antes se adjudicaba a aquella como “parte procesal”.

Se explica entonces que en los términos del art. 35 del Reglamento de la Corte IDH *la Comisión no inicie el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su informe de fondo, emitido conforme al art. 50 de la CADH, presentando además los fundamentos que la llevaron a someter el caso al Tribunal.*

510 Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, Nº 5, párrafo 172; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, Nº 140, párrafo 54; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y

Siendo así y si los jueces nacionales (y demás autoridades competentes) tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁵¹¹.

Al solo efecto ilustrativo, se aprecia que la CSJN argentina *in re* “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”⁵¹², de 31 de agosto de 2010, se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, recordando que dicho Tribunal Interamericano “ha subrayado que *los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (consid. 10).

Ello marca de manera ostensible la expresa recepción del control de convencionalidad de oficio por parte del Máximo Tribunal argentino, al tiempo que hace perceptible el mensaje que éste transmite a los órganos judiciares inferiores (y, agregamos por nuestra parte, al resto de las autoridades públicas) para que se conduzcan en sentido convergente.

Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párrafo 186; y “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párrafo 61.

511 Para redactar este párrafo, tomamos en parte y *mutatis mutandis* lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

512 Fallos, 333:1657.

Votaron de modo coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

IV. El control de convencionalidad en la visión de ciertos órganos máximos de justicia constitucional de Latinoamérica

Despojados naturalmente de cualquier inalcanzable propósito de exhaustividad, recorreremos la praxis de algunos tribunales de clausura de la justicia constitucional en Latinoamérica para observar el grado de desarrollo que exhiben en cuanto a la recepción del constructo “control de convencionalidad”, las fórmulas que utilizan al respecto y el impacto que éste ha ocasionado en los ordenamientos internos.

En esa línea y más allá de reiterar condensadamente el criterio jurisprudencial de la CSJ argentina, nos detendremos en los casos de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México.

1. CSJN argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del Máximo Tribunal nacional acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, acabamos de anticipar el temperamento adoptado en las citadas causas “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007, y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”, de 31 de agosto de 2010.

Ese tándem de sentencias testimonia cómo la Corte ha sido pionera en Latinoamérica al acoger explícitamente, ya desde 2007, el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (preponderantemente a partir de 2006) en torno a la fiscalización convencional.

Así, en “Mazzeo” denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia, mientras que en “Videla” patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquel, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional.

Más recientemente, la CSJN ha emitido una sentencia que gira en torno de una cuestión de intensa complejidad relativa a la interpretación del art. 86, inc. 2°, del Código Penal de la Nación (C.P.N.), sobre distintos aspectos del supuesto de aborto no punible por ser fruto de una violación. Se trata del ya nombrado caso “F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, de 13 de marzo de 2012.

Aunque tangencialmente, pero de cara a futuros pronunciamientos sobre otras temáticas, un punto interesante del decisorio se conecta con el empleo por la

CSJN de construcciones jurídico-gramaticales como: la *interpretación de normativa constitucional y convencional y el carácter federal* que reviste el planteo (consid. 7° de la mayoría); *garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación* (*Ibid.*, consid. 19, *in fine*); o, reconstruyendo la afirmación de la Corte para adaptarla a lo que aquí deseamos resaltar, en cuanto a que *la primordial función del poder judicial es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales* (*Ibid.*, consid. 23).

Ello denota que continúan permeando en el lenguaje cortesano los influjos de las ineludibles obligaciones surgidas del control de convencionalidad que, como adelantábamos, ya acogiera en “Mazzeo” y “Videla”.

Lo propio sucede con un caso más reciente aún. Aludimos a “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios”⁵¹³, dirimido el 27 de noviembre de 2012.

Entre otros puntos de interés que ofrece esta sentencia, en ella se zanja definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, para lo cual se sustenta en la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad *ex officio*.

Es que, tal como la mayoría⁵¹⁴ del Tribunal razonó en el consid. 12, párrafo 3°, la jurisprudencia de la Corte IDH no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado⁵¹⁵. De tal manera, resultaría “*un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*”.

513 *Fallos*, 335:2333.

514 La mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció el juez Fayt; y en disidencia lo hizo el ministro Petracchi.

515 La Corte Suprema se encarga de recordar que la exigencia del control de convencionalidad *ex officio*, además de otros casos anteriores, fue reiterada por el Tribunal Interamericano en un asunto contra nuestro país (consid. 12, párrafo 2°, de la mayoría).

Nos referimos al “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238, párrafo 93.

2. Corte Constitucional de Colombia

A) *La Sentencia C-442/2011 y otros precedentes a los que remite*

Nos concentraremos en un relativamente reciente pronunciamiento, sin perjuicio de efectuar alusiones a otros decisorios de importancia en referencia a la magnitud que la Corte Constitucional (C.C.) asigna a los fallos de la Corte IDH.

En la Sentencia C-442⁵¹⁶ de 25 de mayo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Sala Plena de la C.C. aludió expresamente al “control de convencionalidad”.

En el caso se había planteado una acción pública (art. 241 de la Constitución Política) denunciando en definitiva la inconstitucionalidad de los arts. 220 a 228 (tipificación penal de los delitos de injurias y de calumnias) de la Ley N° 599 de 2000 —por la cual se expide el Código Penal—, por vulnerar los arts. 20, 29 y 93 constitucionales y los arts. 9 y 13 de la CADH.

Para conformar su argumentación, la C.C. evocó su posición —forjada en decisiones anteriores— en torno a que la jurisprudencia de la Corte IDH “es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad” (cfr. ap. II. “Consideraciones”, pto. 7. “El precedente sentado en el ‘Caso Kimel vs. Argentina’⁵¹⁷). En esa línea y en idéntico subapartado II.7., apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”⁵¹⁸ [énfasis del original].

Convergentemente, ya en la Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002⁵¹⁹, la Sala Plena de la C.C. había destacado la importancia de valorar la doctrina sentada por la Corte IDH, en punto a que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la CADH, para efectos de estudiar la constitucionalidad del art. 137 de la Ley N° 600 de 2000⁵²⁰, demandado en aquella ocasión (id. subap.).

516 Su texto puede verse en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-442-11.htm.

517 Caso citado en nota 510.

518 En este punto la C.C. cita las Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 (ver nota N° 53 del fallo analizado).

519 Fueron sus Magistrados Ponentes (MM.PP.) Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

520 Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Asimismo, en la Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006⁵²¹, al analizar distintas disposiciones de la Ley N° 975 de 2005⁵²² relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, la Sala Plena de la C.C. reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH “por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (id. subap.).

En la nota N° 54 de la Sentencia C-442/11, localizada al finalizar el párrafo que acabamos de transcribir parcialmente, la C.C. señaló que en definitiva la línea argumentativa adoptada “resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH”, lo que el Tribunal Interamericano ha realizado en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (párrafo 124) y en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (párrafo 128).

Ya refiriéndose al “Caso Kimel vs. Argentina”⁵²³ de la Corte IDH, la C.C. indicó que “aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un *control de convencionalidad* que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales” (id. subap.).

En definitiva y con salvamento de voto del entonces Presidente de la Corporación, Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y de la magistrada María Victoria Calle Correa, la C.C. declaró exequibles los citados arts. 220 a 228 de la nombrada Ley N° 599 de 2000.

B) Recapitulación

Más allá de la decisión puntual adoptada por la C.C. en la sentencia centralmente enfocada, consideramos que la misma exhibe algunos perfiles dignos de destacar:

- i) Pone de resalto su visión y convicción en cuanto a que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH y en punto a que dicha jurisprudencia ostenta “carácter vinculante”.

521 Actuaron como MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

522 Ley por cuyo intermedio “se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Es comúnmente conocida como “Ley de Justicia y Paz”.

523 Caso individualizado en nota 510.

- ii)** Utiliza explícitamente la expresión “control de convencionalidad”.
- iii)** Cita, bien que en nota, los fallos de la Corte IDH recaídos en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (párrafo 124) y en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (párrafo 128), lo que —luego de anudar tal referencia a los otros puntos aquí colacionados— permite inferir que acepta las emanaciones de vinculatoriedad y pertinencia del ejercicio de semejante modalidad de examen convencional, incluso *ex officio*.

Una última puntualización. Pese a lo dicho, corresponde evocar que en la Sentencia C-941/2010, de 24 de noviembre (Sala Plena, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), el Tribunal había sostenido: “*La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad*, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado” [énfasis del original], dejando en claro que la CADH se integra al bloque de constitucionalidad pero ello no significa que adquiera el rango de norma supraconstitucional (ver sobre esta última afirmación alusiva al Tribunal Interamericano, la nota 19 a pie de página del fallo al que referimos).

3. Suprema Corte de Justicia de México

A) El “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” y su impacto “sísmico”

Básicamente a partir del “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”⁵²⁴, el asunto del control de convencionalidad convulsionó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), desencadenando fuertes movimientos y debates internos en orden a encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional.

Completan el cuarteto de sentencias del período 2009-2010 de la Corte IDH referidas a la obligatoriedad del control de convencionalidad, las condenas contra México pronunciadas en el “Caso Fernández Ortega y otros”⁵²⁵, el “Caso Rosendo Cantú y otra”⁵²⁶ y el nombrado “Caso Cabrera García y Montiel Flores”⁵²⁷.

524 Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209.

525 Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010, Serie C, N° 215.

526 Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010, Serie C, N° 216.

527 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, op. cit. en nota 498.

Retomando el tema del “Caso Radilla Pacheco” y sus implicancias, durante 2010 el entonces Ministro Presidente de la SCJN, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, presentó una consulta a trámite para determinar cuáles eran las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación derivadas de aquella sentencia de condena de la Corte IDH, cuyo proyecto fue confeccionado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, aunque luego del debate (llevado a cabo los días 31 de agosto y 2, 6 y 7 de septiembre de aquel año) fue rechazado por exceder los términos de la consulta planteada.

Dicha desestimación generó el Expte. “Varios” 489/2010, del que fue ponente la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, cuyo proyecto fue debatido en el Tribunal pleno en diversas sesiones de julio de 2011 y resuelto el 14 de julio de dicho año. Vale recordar que el encargado del “engrose” de la decisión fue el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

En apretada e incompleta síntesis, entre otras, en el Expte. “Varios” 912/2010 dentro del Expte. “Varios” 489/2010, se fijaron las siguientes pautas:

- i) Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias *en sus términos* para el Poder Judicial de la Federación.
- ii) Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- iii) Existe un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; y en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- iv) Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Asimismo, la SCJN ha determinado que el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en aquella sentencia si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los arts. 1 y 133 de la Constitución federal y que es parte de la esencia de la función judicial.

A ese fin se estableció que tal tipo de interpretación de parte de los jueces supone cumplir los siguientes pasos⁵²⁸:

- i) *Interpretación conforme en sentido amplio*, que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.
- ii) *Interpretación conforme en sentido estricto*, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de un determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella interpretación que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
- iii) *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles*.

Lo dispuesto en el aludido Expte. “Varios” 912/2010 debe ser puesto en contexto para ponderar su verdadero nivel de vigencia. Es que posteriormente a su resolución, la SCJN dirimió la muy importante Contradicción de Tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013 (dilucidada después de que se retirara un primer proyecto debatido entre el 12 y el 13 de marzo de 2012, que naufragó por falta de consenso al interior del Tribunal).

En ella se aclaró que si bien en el Expte. “Varios” 912/2010 se esgrimieron diversas consideraciones acerca de la obligatoriedad de las sentencias condenatorias al Estado mexicano emitidas por la Corte IDH, lo allí determinado *no constituía jurisprudencia* por lo que seguía siendo relevante resolver tal cuestión, además de que en dicha decisión no se había definido el tema de la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos.

Por ello, entre otras razones, la Suprema Corte argumentó que el estudio de los asuntos encapsulados en la Contradicción de Tesis le permitiría construir criterios jurisprudenciales con respecto al carácter orientador u obligatorio de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana y también realizar pronunciamientos novedosos acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En síntesis, los dos temas salientes abordados fueron: *i*) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la

528 Acerca del tópico ver CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 90, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2013.

Constitución; y **ii**) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH.

Se arribó a las siguientes conclusiones:

- Acerca de la *primera cuestión*, dijo: *los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional* (este punto conclusivo se aprobó por mayoría de diez —10— votos, con la solitaria posición en contrario del Ministro Cossío Díaz).
- Sobre la *segunda cuestión*, sostuvo: *la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona* (este ítem dispositivo se aprobó por mayoría de seis —6— votos, con las posiciones discrepantes de los Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales —quien reconoció que las sentencias que condenan al Estado Mexicano sí son vinculantes— y Pérez Dayán).

B) Control “difuso” de convencionalidad y otras innovaciones sustanciales en el sistema jurídico mexicano

La cuestión suscitada como consecuencia de la búsqueda de bases firmes y sustentables para encaminar el cumplimiento de las imposiciones establecidas en el “Caso Radilla Pacheco” en particular (aunque realmente con valencia que desborda los específicos contornos del mismo), es una de las más trascendentes y complejas en la historia jurisdiccional e institucional reciente de la SCJN.

Entre otros asuntos, ha traído consigo replanteos y modificaciones de gran calado que han llevado a *aggiornar* el sistema de control de constitucionalidad y, por supuesto, el de convencionalidad, para liberar la marcha hacia una modalidad difusa⁵²⁹.

Todo ello en un contexto impactado por la significativa modificación constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (D.O.F.) el 10 de junio de 2011, que ha instilado una clara impronta, originando —*inter alia*— la mutación del paradigma de los derechos humanos y un demandante y reciclado paisaje jurídico para los jueces y magistrados mexicanos y el resto de los operadores del sistema jurisdiccional.

529 En particular sobre el tema del “control difuso de convencionalidad”, sugerimos revisar el voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pronunciado en el multicitado “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”.

En ese sentido, se impone una relectura del art. 133 de la Constitución⁵³⁰ (no modificado formalmente) a la luz del vigente art. 1, *Ibid.*, esto es, conforme a la versión reformada a la que aludíamos en el párrafo anterior. Básicamente, las tres porciones normativas adicionadas a esta última disposición establecen, respectivamente, que:

- Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece (primer párrafo).
- Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (segundo párrafo).
- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (tercer párrafo).

En apretada síntesis de la interpretación que en la apuntada Contradicción de Tesis 293/2011 la SCJN ofreciera respecto de cada uno de tales segmentos del artículo 1 constitucional, pueden entresacarse las siguientes apreciaciones:

- El precepto parte de la necesidad de colocar a *la persona como el eje* en torno al cual se articula la reforma en materia de derechos humanos; el reconocimiento de los derechos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte encuentra justificación en los *principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas*, lo que tiene como finalidad última posibilitar que todas ellas desarrollen su propio *plan de vida*; y las personas también gozan de las garantías previstas en ambos ordenamientos, lo que permite distinguir entre *garantías internas y externas*, dependiendo del origen de los mecanismos que se encuentren a disposición de aquéllas para exigir la tutela de sus derechos humanos (párrafo primero).
- Asoman dos herramientas interpretativas obligatorias: la *interpretación* de las normas de derechos humanos *de conformidad con* la Constitución y los tratados

530 Dicho art. 133 de la Constitución mexicana está inspirado en el art. VI de la Constitución de EE.UU., tal como sucede con el art. 31 de la Ley fundamental argentina.

internacionales de derechos humanos; y el principio *pro persona*, al que el Poder Reformador otorgó rango constitucional como elemento armonizador y dinámico para la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos, tratándose de un criterio hermenéutico que busca resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas —e interpretaciones disponibles de las mismas— que resulten aplicables respecto de un mismo derecho, adoptando como premisa la inviabilidad de resolver este tipo de situaciones con apoyo en los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias (párrafo segundo).

- Sobresalen los siguientes elementos: los principios objetivos de los derechos humanos: *universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*; las *obligaciones genéricas* de las autoridades estatales para la tutela de los derechos humanos: respeto, protección, promoción y garantía; y las *obligaciones específicas* que forman parte de la obligación genérica de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar (párrafo tercero).

Evidentemente, tal reforma debe leerse en línea con la también muy relevante innovación constitucional en materia de *amparo* (D.O.F. de 6 de junio de 2011), desarrollada por medio de la ley que reglamenta los arts. 103 y 107 de la Constitución, publicada en el D.O.F. el 2 de abril de 2013, por medio de la cual:

- Se *amplifica la operatividad del amparo* respecto de cualquier norma general, al preverse su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- Se *incorporan figuras* como el amparo adhesivo y el interés legítimo, tanto individual o colectivo (antes se exigía una afectación de forma directa).
- Se *consagran nuevos conceptos* como el relativo a la violación de derechos por *omisión* de las autoridades y la *declaratoria general* de inconstitucionalidad por la SCJN.

En resumen, las modificaciones introducidas en el escenario jurídico mexicano en sensibles ámbitos como los de la protección de los derechos humanos, la cotización de los tratados internacionales en esta materia *vis-à-vis* la Constitución, los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y el necesario *aggiornamento* del proceso de amparo, son cuantitativa y cualitativamente de gran calado.

Por tanto, se requerirá un esfuerzo enorme de parte de todos los operadores jurídicos para que semejantes innovaciones normativas gestadas por el Poder Reformador e interpretativas plasmadas por la SCJN no queden entrampadas en las redes teóricas y verdaderamente adquieran efectiva aplicación en el campo fáctico para la salvaguarda de la dignidad de la persona.

V. LA NECESIDAD DE AFIANZAR UN DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL CRÍTICO

1. Algunos casos testigo

Previo a incursionar específicamente en el tema que se anuncia en el epígrafe de este apartado, es preciso reseñar ciertos casos jurisprudenciales que nos brindarán algún soporte para desarrollar argumentalmente lo que acerca de aquel tópico sostendremos *infra*.

A) *En Argentina*

Nos referiremos a una interesante causa resuelta por la CSJN: “Espósito, Miguel Ángel”⁵³¹, de 23 de diciembre de 2004.

En tal sentencia, al menos por parte de varios de sus componentes, exteriorizó un discurso demostrativo de su permeabilidad a acatar los pronunciamientos de la Corte IDH, al admitir mayoritariamente⁵³² el recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado extinta la acción penal por prescripción en una causa abierta por hechos que luego fueron juzgados por aquel Tribunal Interamericano, cuyas decisiones —sostuvo la CSJN— resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH)”, por lo cual también ella, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (consid. 6° de la mayoría).

Previamente, había puntualizado que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en su sentencia de 18 de septiembre de 2003 en el “Caso Bulacio vs. Argentina”⁵³³, donde se declarara la responsabilidad internacional del país —entre otros puntos— por la deficiente tramitación del expediente en cuestión (consid. 5° del voto triunfante).

Acotó que “en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la

531 *Fallos*, 327:5668.

532 Formaron la mayoría los ministros Petracchi y Zaffaroni; por su voto, lo hicieron los jueces Belluscio y Maqueda, conjuntamente, y los ministros Fayt, Boggiano y Highton de Nolasco, de modo individual.

533 Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100.

responsabilidad internacional del Estado argentino. *Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”, por lo que correspondía declarar inaplicables al caso las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en una causa que “en principio, no podría considerarse alcanzada por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (consid. 10 de la mayoría).

En síntesis, la CSJN no se privó de exteriorizar su discrepancia respecto de algunas de las cuestiones resueltas por la Corte IDH, ni de puntualizar que “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención ‘Interamericana’ [sic]. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*” (consid. 16 de la mayoría).

B) En Colombia

Una mirada interesante en el escenario jurídico colombiano viene proporcionada por GÓNGORA MERA, para quien actualmente “el ejemplo más notable de fijación dialógica de estándares judiciales en materia de derechos humanos como un proceso conjunto” entre la Corte Constitucional (C.C.) y la Corte IDH se aprecia en la evolución jurisprudencial en torno a “derechos de las víctimas de conflicto armado interno, en el marco del proceso de desmovilización de grupos paramilitares”⁵³⁴.

En su recorrido argumental toma como puntos de partida la C-228 de 2002 de la C.C., como “sentencia de relevancia”⁵³⁵ (o sea —en la percepción del autor citado—, aquella por medio de la cual “se reconoce el valor normativo de un estándar judicial interamericano en un asunto constitucional concreto”⁵³⁶), y el “Caso 19 Comerciantes

534 GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, IJ de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 2010, pp. 407-408.

535 *Ibid.*, p. 409.

536 *Ibid.*, p. 408.

vs. Colombia⁵³⁷, como “sentencia de persuasión” por la Corte IDH⁵³⁸ (conceptuado tal tipo de fallo como aquel donde el Tribunal Interamericano “fija su postura y expone sus argumentos sobre un debate colombiano, y de este modo trata de influir tanto a los actores políticos locales” como a la propia C.C.⁵³⁹).

Por último, el autor citado identifica tres tipos de convergencia que pueden apreciarse en las jurisprudencia de ambas Cortes: *i*) convergencia descendente (*Top-down*), en la que la C.C. ha adoptado estándares interamericanos; *ii*) convergencia ascendente (*Bottom-up*), donde la Corte IDH ha adoptado estándares de la C.C. colombiana; y *iii*) convergencia paralela entre los dos tribunales “por la difusión horizontal de estándares consagrados en *soft law* del sistema universal de derechos humanos”⁵⁴⁰.

2. Diálogo jurisprudencial

La sentencia sumariamente colacionada en primer término es sólo una muestra de la tendencia que (no exenta de vaivenes) exhibe la CSJN argentina en cuanto a adoptar en sus fallos una interpretación conforme a la CADH y a receptar los pronunciamientos de la Corte IDH y los estándares valorativos que ésta ha venido perfilando en su trayectoria jurisprudencial, aun cuando no esté de acuerdo con ella y deje verbalizada tal discrepancia en el decisorio.

Juzgamos que dicha tesitura resulta laudable y consistente con los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. En particular, se abastecen las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental del derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe (que recorre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*, según nuestro criterio) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Todo ello de conformidad, en lo respectivamente correspondiente, con los citados arts. 26, 31.1 y 27 de la nombrada CVDT, conjunto de reglas medulares en materia de observancia de los tratados internacionales⁵⁴¹.

537 Corte IDH, “Caso 19 Comerciantes vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de julio de 2004, Serie C, N° 109.

538 Cfr. GÓNGORA MERA, Manuel E., op. cit., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, p. 409.

539 *Ibid.*, p. 408.

540 *Ibid.*, p. 409. Para el desarrollo de tales tipologías convergentes, ver pp. 411 y ss.

541 Cabe resaltar, en lo tocante al art. 26 de la CVDT y su reflejo en el art. 31.1, *Ibid.*, que al enunciado tradicional en punto a que “los pactos deben ser cumplidos”, la disposición añade “de buena fe”, que naturalmente es un principio general del derecho.

Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un *diálogo jurisprudencial* entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que los mismos formulen a sus criterios jurisprudenciales para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional.

Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente *para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional*.

Es que, como con agudeza se ha afirmado (en referencia específica al citado caso “Espósito” de la CSJN), “el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisprudencia internacional; corresponde también a los jueces nacionales, y en especial a los tribunales superiores, señalar sus disidencias y observaciones a las líneas jurisprudenciales de los órganos del sistema interamericano, que deben tomar debida nota de esas opiniones a fin de ajustar y perfeccionar sus decisiones. La plena integración de la justicia argentina en un orden jurídico internacional requiere, precisamente, del tipo de *diálogo crítico* que la Corte Suprema sugiere a la Corte Interamericana [en ‘Espósito’]. Es indudable que *así como la jurisprudencia constitucional argentina se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema*”⁵⁴².

Y convergentemente con la línea argumental que aquí esbozamos, también se ha llamado la atención sobre el punto, afirmando que “la meta de que la jurisprudencia interamericana sea norma interpretativa de las reglas convencionales requiere

Pero más allá de encontrarse en el cuerpo normativo de la Convención, tales premisas adquieren un refuerzo axiológico, también jurídico, al haber quedado explícitas también en el Preamble de la misma, que en su párrafo 3º reza: “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”.

A su tiempo, entre los principios de la ONU, la Carta de esta Organización establece en el art. 2.2. lo siguiente: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, *cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”.

Ver para ampliar DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 94-95.

542 ABRAMOVICH, Víctor, “Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. VI-VII.

adecuaciones de rol por parte de la Corte IDH. Posiblemente tenga que mirar su propio trabajo con mayor modestia, en algunos casos moderar las ambiciones que se reflejan en los remedios que ordena y evitar el autoelogio en el que incurre a menudo. Así como tenemos que aprender a respetar la jurisprudencia interamericana, debemos acostumbrarnos a la idea de poder criticar su línea y funcionamiento sin que esto sea visto como conspirar contra el afianzamiento y la mejora del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *La construcción de reglas en una comunidad de principios se logra a través de[l] diálogo interjurisdiccional, el intercambio y el aprendizaje recíproco. La capacidad y voluntad de crítica es vital en esta construcción*⁵⁴³.

En el fondo y como se adelantaba, las anhelables sinapsis y aperturas dialógicas entre los tribunales internos y la Corte IDH no apuntan a generar una relación de jerarquización formalizada entre esta y aquellos, sino a trazar una *vinculación de cooperación en la interpretación 'pro persona' de los derechos fundamentales*.

Al respecto, se ha advertido que no puede olvidarse que el art. 29.b de la CADH proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte IDH, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁵⁴⁴.

Como lo pusiera de manifiesto el entonces juez García-Sayán en su voto concurrente en el “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia” de la Corte IDH⁵⁴⁵, “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de ‘nacionalización’ del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita” (párrafo 33).

543 BASCH, Fernando, “Sobre la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana y la necesidad de conformar una verdadera comunidad internacional de principios”, borrador del trabajo presentado a las Jornadas “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, 18 y 19 de mayo de 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (<http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/borrador-basch2.doc>).

544 LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional peruano”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela - 2009*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010, p. 77.

545 Corte IDH, “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

3. Mensaje final sobre el tema particular

Trayendo *mutatis mutandis* a nuestro contexto de discusión las apreciaciones de JIMENA QUESADA, el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁵⁴⁶.

Sintetizando al máximo nuestro pensamiento, podemos señalar que la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente como una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales o cortes supremas, sino también — como se indicara— haciendo foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí”⁵⁴⁷.

Entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental⁵⁴⁸.

Propiciamos una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*⁵⁴⁹) de aquellas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

546 JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

547 GÓNGORA MERA, Manuel E., op. cit., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, p. 429.

548 Nos servimos, *mutatis mutandis*, de las reflexiones de DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.

549 Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo de lo explicado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Ibid.*, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

VI. Sucinta recapitulación

1. La vivamente creciente interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

2. Uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*, que transita por dos senderos:

- a) Uno en sede *internacional* y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha identificado como “control de convencionalidad”. Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal control convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.
- b) Otro en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en su deber de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

3. Es imprescindible que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. En tal sentido, debe hacerse foco en el impacto que esos fallos proyectan con carácter general en el escenario interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación y la interpretación de la normativa interna en materia de derechos humanos.

4. Sin embargo, las posibilidades de éxito de la doctrina del “control de convencionalidad”, por acción u omisión (en cuanto a ésta, como veremos enseguida) están cifradas en su grado de receptividad en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

5. En un marco caracterizado jurídica, institucional y axiológicamente por el incremento de la circulación de reglas iusinternacionales, cobra realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa interna infraconstitucional y constitucional.

6. Es preciso indicar, no obstante, que tal tarea no debe ni puede concretarse mediante una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para progresar en la construcción de un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

7. En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ésta no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional y además que “escuche” a los tribunales, a las salas constitucionales y a las cortes supremas de justicia de la región.

8. Es tan conveniente como necesario que ambas dimensiones jurisdiccionales convivan en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la sintonía de una interpretación *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos*.

CAPÍTULO

II

**ANTICONVENCIONALIDAD
POR OMISIÓN**

I. Preludio

Nada se descubre al recordar que en la hora actual se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que *el Estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión*.

Sirviéndonos de tal premisa y de la plataforma teórica y conceptual delineada en el capítulo anterior, intentaremos construir brevemente un camino de reflexión para plantear la viabilidad del ejercicio del control de convencionalidad respecto de omisiones estatales significativas.

Como advertíamos, por el momento escasean los acercamientos doctrinarios sobre el particular, por lo que la edificación de nuestra argumentación, aunque sucinta, no será tarea sencilla.

En cualquier caso, el objetivo primordial de este sector del trabajo es discurrir sobre un tema novedoso, fundar nuestra posición al respecto e intentar incentivar el debate doctrinario y el despegue de la jurisprudencia en la materia.

II. Ciertos elementos analíticos que sustentan la viabilidad de la inconvencionalidad por omisión

1. Naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Para un Estado americano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos. Ello queda inmerso en un escenario jurídico y axiológico particular descrito claramente por la Corte IDH, que ha insistido en que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes⁵⁵⁰.

550 Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, solicitada por la

En otras palabras, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual *asumen diversas obligaciones* en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁵⁵¹.

2. Deber de adecuación de la normativa interna a la CADH

Como adelantábamos, el art. 2 de la CADH enfatiza el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno*, en el sentido de que si los derechos y libertades mencionados en el art. 1, *Ibid.* (o sea, los reconocidos en la Convención), no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos*.

Dicho de otro modo, lo que se pretende resaltar es que innegablemente la CADH impone a cada Estado Parte la obligación de adecuar el derecho interno a sus disposiciones para garantizar los derechos allí consagrados.

Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un “*principe allant de soi*” (un principio evidente), en palabras que hace ya casi noventa años profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional⁵⁵².

Siendo así, no parece desacertado pensar que el control preceptivo de convencionalidad no debe agotarse en la fiscalización de prácticas o normas lesivas de la CADH (esto es, conductas activas), sino que es lícito abarcar a las *omisiones estatales que la contraríen* y obturen su objeto y fin.

De su lado, corresponde añadir que el Estado Parte de la CADH no sólo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. Ello implica que su eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención⁵⁵³.

Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, párrafo 29.

Un acercamiento a tal opinión consultiva puede compulsarse en BAZÁN, Víctor, “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 AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91/165.

551 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, ídem.

552 C.P.J.I., Avis consultatif, “Echange des populations grecques et turques”, 1925, Série B, N° 10, p. 20.

553 Cfr., entre otros, Caso “Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, N° 39, párrafo 69.

Como la propia Corte IDH marcara, esa efectividad de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*⁵⁵⁴.

3. El efecto útil de los tratados internacionales sobre derechos humanos

La obligación jurisdiccional (y de otras autoridades públicas competentes) de desenvolver la fiscalización convencional no es un espejismo o una ficción para la magistratura, en cuyo reservorio de herramientas analíticas para sustentar sus pronunciamientos no pueden estar ausentes los textos de la CADH y del resto de instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de derecho fundamentales.

Tampoco debería faltar en el análisis que se realice, la visión que de la letra y el espíritu de tal conjunto normativo internacional haya plasmado la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

No es precisamente irrelevante que en numerosas ocasiones la Corte IDH haya preconizado la búsqueda del *efecto útil* de los compromisos internacionales sobre derechos humanos en general, y de la CADH en particular.

Sólo por citar uno de tales precedentes: el Caso “La Última Tentación de Cristo’ vs. Chile”, el Tribunal expresó contundentemente:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que *un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas*. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. *La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados*. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del ‘*effet utile*’). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. *Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención*”⁵⁵⁵.

554 *Ibid.*, párrafo 70.

555 Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 87.

En esa línea argumental, la Corte IDH ha resaltado la necesidad de velar por dicho *efecto útil* en relación con el control de convencionalidad, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y al fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁵⁵⁶.

4. Principios internacionales básicos (de inexcusable acatamiento) en juego

A todo lo dicho cabría aún adicionar la relevante magnitud que en ciertas latitudes latinoamericanas se ha adjudicado a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que reluce la CADH.

Baste pensar, por ejemplo, en el nombrado art. 75, inc. 22, párrafo 2º, de la Constitución argentina o en el art. 424, párrafo 2º⁵⁵⁷, de la Constitución del Ecuador, para comprobar la señalada premisa, que tiene un valor jurídico y axiológico que va mucho más allá de lo meramente formal.

Es que semejante temperamento implica dejar verbalizadas en las respectivas normas máximas de sus derechos internos, las obligaciones que esos Estados han asumido internacionalmente en el campo de los derechos fundamentales, lo que refuerza cualitativamente su nivel de compromiso con estos.

Y lo han concretado ya sea parificando jerárquicamente a los documentos internacionales en la materia con la propia Ley fundamental (Argentina), o bien determinando la aplicación preferente de la Constitución o de los tratados internacionales en esta área temática en la medida que reconozcan derechos más favorables al ser humano (Ecuador), lo que implica una reafirmación operativa del principio *pro persona*.

Inter alia, ya lo había expuesto en análogo sentido en los casos “Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párrafo 68; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, N° 54, párrafo 37; “Durand y Ugarte vs. Perú”, Sentencia de Fondo, 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68, párrafo 136; además de reiterarlo más tarde, v. gr., en el “Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 4 de julio de 2007, Serie C, N° 166, párrafo 56.

556 Cfr. v. gr., Corte IDH, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párrafo 180; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., párrafo 128; y “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit., párrafo 113.

557 Tal tramo del precepto dispone: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Además de las propias normas locales, sin duda importantes, aquí entran en juego principios internacionales insoslayables. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (postulado de prosapia metajurídica⁵⁵⁸, esencial en el derecho de los tratados internacionales); cumplimiento de buena fe e inviabilidad de invocar disposiciones (*u omisiones*, según nuestra mirada) de derecho doméstico para sustentar la falta de acatamiento de los compromisos internacionales.

Sólo por traer aquí una cita para ejemplificar lo expuesto, evocamos que la Corte IDH ha sostenido: “Según el derecho internacional las *obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁵⁵⁹.

Pareciera entonces que no queda demasiado sitio para que el control de convencionalidad que los jueces y demás autoridades públicas en el orden interno *deben llevar adelante*, excluya de su cobertura a las pretericiones o inercias inconventionales, ya que la responsabilidad internacional puede configurarse por acción o *por omisión*.

5. Acerca de la “cláusula federal”

Otro aspecto de interés por reseñar es que, en el supuesto de países con estructuras estadales complejas (como Argentina, Brasil o México), tal conformación política tampoco podría resultar válidamente alegable por el Estado nacional o federal para justificar un incumplimiento internacional por acción u *omisión*.

558 Al respecto y en su voto disidente en el “Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” (Sentencia de Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, N° 31, párrafo 8), el exmagistrado y expresidente del Tribunal Interamericano Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, “al buscar basarse, más allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales”.

559 Cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2)”, 9 de diciembre de 1994, solicitada por la Comisión IDH, Serie A, N° 14, párrafo 35.

Es que, como en diversas ocasiones ha sostenido la Corte IDH (por ejemplo, en el “Caso Penitenciarias de Mendoza”⁵⁶⁰), más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la CADH, frente a la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es el único obligado a adoptar las medidas, cuya falta de cumplimiento compromete su responsabilidad internacional.

El tema nos conecta, como puede suponerse, con la llamada “*cláusula federal*” prevista en la CADH, entre otros instrumentos, por ejemplo, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

En el caso de la CADH, dicha cláusula “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar ‘de inmediato’ las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado” (art. 28, incs. 1° y 2°).

Ello, aun cuando tal disposición de la CADH haya sido calificada por cierta doctrina como un “anacronismo”⁵⁶¹, desde que no se enrola en la línea descrita por importantes tratados internacionales que no la incorporan, ya que —por caso— no consta en el PIDCP⁵⁶² ni en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

560 Resolución de la Corte IDH, “Caso de las Penitenciarias de Mendoza”, 30 de marzo de 2006, Medidas Provisionales.

Sobre el tema, expresamente dijo: “Que este Tribunal es consciente de que el alivio y corrección de la situación planteada en las penitenciarias de Mendoza es un proceso a corto, mediano y largo plazo, que requiere de un conjunto de acciones por parte de autoridades federales y provinciales, de carácter administrativo, judicial y eventualmente legislativo, en orden a subsanar las condiciones carcelarias y de detención. No obstante, ante la orden de esta Corte de adopción de medidas provisionales, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad de las personas detenidas en aquellos centros penitenciarios y de quienes se encuentren al interior de los mismos, *el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas*, de modo que no se produzca ninguna muerte más. *Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales* para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. *Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo*” (párrafo 11).

561 BUERGENTHAL, Thomas, “La cláusula federal de la Convención Americana”, en BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E. y SHELTON, Dinah, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, 1ª ed., reimpres., IIDH - Civitas, Madrid, 1994, p. 85.

562 Que en su art. 50 justamente entroniza el principio opuesto a la cláusula federal.

BUERGENTHAL recuerda que la nombrada premisa se remonta a la era de la Sociedad de las Naciones (como se sabe, antecesora de la ONU) y que fue incluida en la CADH por insistencia de EE.UU., cuya delegación propuso tal artículo para garantizar que no se considere a un Estado federal como asumiendo obligaciones internacionales para impedir violaciones a la Convención con respecto a derechos o actos de la jurisdicción de una entidad gubernamental que no sea el gobierno federal; además de que, al limitar las obligaciones internacionales del Estado federal a materias sobre las cuales *ejerce* su jurisdicción, EE.UU. quería indicar que tal Estado no tiene, según la Convención, ninguna obligación en aquellas situaciones en las cuales el gobierno federal, aun cuando tenga jurisdicción, no la haya ejercido anteriormente⁵⁶³.

Fuera de algunos ingredientes históricos y políticos que figuran en el ADN de dicha pauta normativa, no está de más reiterar que, al interpretarla —estando contenida como se dijo en un *tratado internacional*— deben tenerse en consideración los principios generales del derecho internacional y la jurisprudencia y la práctica internacionales en este campo. Ciertamente, tal cuestión apunta a afianzar la *efectividad* de los instrumentos de derechos humanos en el plano del derecho interno estatal, efectividad que resulta de la propia naturaleza jurídica de aquellos instrumentos, a lo que se debe agregar el imperativo ético y la necesidad de que los Estados compatibilicen su normativa y sentencias a las decisiones de los tribunales internacionales⁵⁶⁴.

Aunque parezca una cuestión superada o sólo de interés especulativo o académico, lo que parece obvio no lo es tanto siempre ni en todos los lugares. Si no, basta con repasar la sentencia de reparaciones y costas dictada por la Corte IDH en el citado “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, que pasamos a transcribir⁵⁶⁵:

“La Comisión solicitó a la Corte que se pronuncie acerca de la cláusula federal (artículo 28 de la Convención Americana) y del alcance de las obligaciones del Estado argentino en la etapa de reparaciones, en relación con dicha cláusula [...]. La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia. En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996 [...]. El

563 BUERGENTHAL, Thomas, op. cit., “La cláusula federal de la Convención Americana”, pp. 85-86.

564 Ver para ampliar, CANÇADO TRINDADE, António A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 380 y ss.

565 Corte IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, cit., párrafos 45 y 46.

Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia [...]. Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado [...].

“El artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados Miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del ‘estoppel’. En cuanto a las ‘dificultades’ invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional (Cfr.: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536)”.

Si bien huelgan mayores comentarios en torno a la inviabilidad estatal de alegar normativa, insuficiencias o inconvenientes del derecho interno para incumplir las obligaciones impuestas por la CADH, evocaremos aquí la necesidad de leer conjuntamente los arts. 1.1, 2 y 28 de ésta para dar cumplimiento a aquellas directivas jurisdiccionales.

Es que —como afirma DULITZKY— tal art. 28 “tiene por objeto clarificar, precisar y hacer más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades en el marco de los Estados federales”, añadiendo que dicha norma “no altera o disminuye el alcance de los arts. 1 y 2 de la Convención sino que los complementa. Una interpretación distinta, carecería de sentido al *privar de efecto útil a la Convención en las unidades componentes de los Estados federales*”⁵⁶⁶.

566 DULITZKY, Ariel E., “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Estados Federales: algunas reflexiones”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 172.

Siendo así, el Estado nacional —único responsable internacionalmente— no podría invocar válidamente para evadirse de su responsabilidad internacional la circunstancia de que la *omisión inconvencional* en cuestión provenga o sea imputable a una provincia, región o estado, según la nomenclatura que la Constitución de cada país utilice.

III. Sumaria referencia a un interesante caso que enlaza la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión

Puede observarse que en el “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela”⁵⁶⁷, entre otros elementos argumentales, la Corte IDH consideró que la *omisión legislativa inconstitucional* declarada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁵⁶⁸ (TSJ) al no haberse dictado el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, *había influido en el caso que el Tribunal Interamericano resolvía*.

Sucedió que los exjueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, fueron destituidos por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (CFRSJ), órgano excepcional que carecía de estabilidad definida y cuyos miembros podían ser nombrados o removidos sin procedimientos previamente establecidos y a la sola discreción del TSJ⁵⁶⁹. Debido a ello no existieron las debidas garantías de independencia, lo que constituyó una vulneración del art. 8.1 de la CADH, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma.

567 Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182, párrafos 146-148.

568 Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo.

569 De acuerdo con el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, de 27 de diciembre de 1999, la CFRSJ sería integrada por los ciudadanos que designara la Asamblea Constituyente hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales disciplinarios y del Sistema Autónomo de Defensa Pública (art. 28).

La Corte IDH constató que dicho régimen de transición operaba desde 1999, cuando la Constitución preveía que no debía prolongarse más de un año desde el establecimiento de la Asamblea Nacional (cfr. disposición transitoria cuarta, N° 5, de la Constitución).

Además, concluyó que el TSJ tenía absoluta discreción para reorganizar la CFRSJ, sin que existiera ningún procedimiento o mecanismo previamente establecido y respetuoso de las debidas garantías para nombrar o remover a los miembros de aquella Comisión.

En lo que aquí interesa específicamente, la Corte IDH dispuso por unanimidad que el Estado debía adoptar dentro del plazo de un (1) año a partir de la notificación de la sentencia, las medidas necesarias para la aprobación del nombrado Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos (pto. dispositivo 19), teniendo en cuenta que el propio Poder Judicial había considerado imprescindible que se emitiera dicho Código estimando que el régimen transitorio se había extendido por más de nueve (9) años. Así y teniendo en vista las declaradas violaciones al art. 2 de la CADH, determinó que el Estado debía adoptar tal Código, garantizando “tanto la imparcialidad del órgano disciplinario, permitiendo, *inter alia*, que sus miembros puedan ser recusados, como su independencia, regulando un adecuado proceso de nombramiento de sus integrantes y asegurando su estabilidad en el cargo” (párrafo 253).

En resumen, *partió de la declaración de omisión inconstitucional detectada en sede interna, devenida en preterición inconvencional por violación de la CADH de acuerdo con la visión de la Corte IDH*, y le fijó un plazo al Estado condenado para la emisión de tal cuerpo normativo, acoplándole algunas directrices que necesariamente debía respetar para que el Código en cuestión resultara convencionalmente sustentable.

Es igualmente útil evocar, como elemento que aporta a nuestra argumentación, el criterio que la Corte IDH transfundiera a su Opinión Consultiva, O.C.-13/93⁵⁷⁰, en la que sostuvo, refiriéndose a la CADH: “*Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos*” (párrafo 26).

IV. Colofón

Encadenando los diversos eslabones argumentales hasta aquí referidos, *es lícito concluir que existe suficiente base jurídica y axiológica legitimante para que el radio de cobertura del contralor de convencionalidad abarque también a las pretericiones estatales que resulten contrarias a la CADH y/o a otros documentos internacionales que integran el ‘corpus iuris’ esencial en la materia.*

570 Opinión Consultiva O.C.-13/93, de 16 de julio de 1993, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”; solicitada por Argentina y Uruguay, Serie A, N° 13.

Primordialmente y entre otras circunstancias, la conclusión que arriesgamos se asienta en que:

- i) Es insoslayable tomar en consideración el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. Específicamente, las exigencias de las premisas *pacta sunt servanda* (de aplicación no sólo respecto de obligaciones emergentes de tratados internacionales sino también de postulados del derecho consuetudinario), cumplimiento de buena fe e improcedencia de alegar disposiciones u *omisiones normativas* de derecho interno para excusar el incumplimiento de los convenios internacionales (cfr., en lo respectivamente pertinente, el párrafo 3° del Preámbulo y los arts. 26, 31.1 y 27 de la CVDT).
- ii) Los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*. No son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos *se sujetan a un ordenamiento legal dentro del cual adquieren diversas obligaciones con relación a los individuos bajo su jurisdicción*.
- iii) Las constituciones de algunos de los Estados Parte de la CADH (por ejemplo, Argentina) diagraman *significativas cláusulas de apertura internacional*, reflejando —al menos en teoría— la decisión política, institucional y jurídica de equiparar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Carta magna nacional, además de someterse voluntariamente a un sistema internacional de justicia como el interamericano.
- iv) La propia CADH destaca en su art. 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1, *Ibid.*, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.
- v) La Corte IDH ha subrayado que, *inter alia*, los jueces nacionales *deben* concretar el control de convencionalidad, velando por la pervivencia del *efecto útil de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.
- vi) Tal examen convencional (desplegable incluso *ex officio*, al igual que la inspección de constitucionalidad) entraña una obligación insoslayable para los magistrados locales (también para otras autoridades públicas).

- vii) La judicatura interna se ve precisada a aplicar la pauta hermenéutica *pro persona*, lo que le marca un direccionamiento hacia la búsqueda de las soluciones más favorables al ser humano y a la consecución de la efectividad de sus derechos fundamentales, cuando ésta haya quedado bloqueada por acciones o *pretericiones anticonvencionales*.
- viii) La Corte IDH ha interpretado que *los tratados internacionales pueden violarse cuando el Estado omite el dictado de normas a que está obligado*, hipótesis en la cual puede incurrir en responsabilidad internacional. En otras palabras, la responsabilidad internacional no sólo puede configurarse por acción sino también por *omisión*.
- ix) El Estado nacional es el único responsable en sede internacional, por lo que no podría alegar legítimamente para escapar de tal responsabilidad el hecho de que la *omisión inconvencional* en cuestión provenga o sea imputable a una provincia, región o estado, de acuerdo con la terminología que cada Constitución nacional emplee.

TÍTULO DÉCIMO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN EN LA
ARGENTINA (I): BASE
CONSTITUCIONAL LEGITIMANTE**

CAPÍTULO

I

**¿EXISTE UNA PLATAFORMA
NORMATIVA DE SUSTENTO
PARA HABILITAR LA
INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN?**

I. Introducción

Corresponde aclarar preliminarmente que con lo argumentado hasta aquí, tanto respecto de la inconstitucionalidad como de la anticonvencionalidad por omisión, en modo alguno hemos pretendido alentar a la magistratura judicial a que invada indiscriminadamente las competencias legislativas ni a que suplante al legislador.

Lejos de ello el objetivo ha sido llamar la atención sobre la conveniencia de articular con éste una labor de colaboración (no subalterna ni en estado de inferioridad⁵⁷¹) en aras de abastecer el elevado fin de preservar la magnitud suprema de la Ley fundamental y, obviamente (en el caso argentino), de “afianzar la justicia”, postulado trascendente y de permanente y dinámica actualidad, disparado desde el proemio constitucional.

Dicha pauta del Preámbulo se presenta como un valor no negociable ni transigible, que tampoco es —por cierto— meramente retórico o declamatorio. Por el contrario y como alguna vez sostuviera la CSJN, es un “propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor *justicia* en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad”⁵⁷² [énfasis del original].

Y en torno a la problemática anunciada gira, precisamente, la idea que intentamos rescatar y auspiciar: la instalación definitiva en el seno del Máximo Tribunal (y de la magistratura toda) de la percepción consistente en que su atribución-deber de mantener incólume la supremacía constitucional, involucra no sólo el control constitucional sobre *acciones* eventualmente lesivas de aquella sino también frente a las *omisiones* análogamente inconstitucionales.

Pero, ¿existe una determinación constitucional legitimante que habilite a la magistratura judicial a desarrollar tal labor? En las líneas que siguen intentaremos dar respuesta fundada a tal interrogante.

571 Paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien al referirse a lo que denomina “sentencias-ley” de la Corte Constitucional italiana, señala que en la mayoría de los supuestos ellas responden, desde el punto de vista de las relaciones entre los poderes, a una razón de prudencia, o incluso de debilidad frente al poder legislativo, reflejando una “colaboración subalterna en estado de inferioridad”, un hacer lo que no debe hacerse sin atreverse a reclamar al legislador el cumplimiento de sus deberes, ante el hecho de que en ningún caso éste ha reaccionado de modo preciso y puntual a aquellas “sentencias-ley” (ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en VV.AA., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 117-118).

572 *In re* “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, de 6 de noviembre de 1980 (*Fallos*, 302:1284), pronunciamiento sobre el que volveremos.

El párrafo transcrito corresponde al consid. 7° de la “mayoría”, que estuvo compuesta por los ministros Gabrielli y Rossi. De manera conjunta y concurrente lo hicieron los jueces Frías y Guastavino.

II. Indagación acerca de la presencia o no de una matriz constitucional habilitante

1. Respuesta afirmativa

Arriesgamos una respuesta *positiva* a aquella pregunta. Nos apoyamos en varios elementos sustentados en reglas, principios y valores de la C.N., algunos existentes antes de la reforma de 1994 y otros inoculados por ésta, e incluso en ciertas pistas que —con o mayor o menor grado de fuerza discursiva— aporta la propia praxis de la CSJN.

2. Elementos, factores e ingredientes que abonan la posición asumida

No es irrazonable pensar en la existencia de una matriz adjudicatoria de competencia al órgano judicial para conjurar en un caso concreto la absoluta inacción legislativa que transgrede la fuerza normativa constitucional o para restablecer, v. gr., la igualdad vulnerada a través de la omisión relativa inconstitucional⁵⁷³, por ejemplo y en este último caso, mediante el empleo de los varias veces citados modelos “unilaterales o bilaterales” de solución.

Así lo indica la convergencia de una serie de pautas, entre las que se cuentan, las siguientes (y otras que serán aludidas *infra*):

- Los arts. 14⁵⁷⁴ de la Ley fundamental, en punto al *derecho a peticionar ante las autoridades*, y 18 respecto de la *garantía de defensa en juicio y el debido proceso*, que cobijan el postulado de *acceso a la jurisdicción* y a la *tutela judicial eficaz*.
- La autodeclaración que la Carta básica realiza en punto a la intensificación de su *vigor normativo* (art. 36).
- La ampliación del plafón de *derechos explícitos* (v. gr., arts. 37, 41, 42).
- El art. 31, *Ibid.*, que atribuye la *supremacía constitucional* y que, luego de la reforma de 1994, viene complementado por el art. 75, inc. 22, párrafo 2°, que —en sustancia— ha dotado de *jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.

573 Empleamos, *mutatis mutandis*, algunas pautas señaladas por GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, pp. 323 y ss.

574 Referido a los derechos civiles que gozan todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

- La resignificación del principio *pro persona*; además del criterio *in dubio pro actione*.
- El acrecentamiento de los *derechos implícitos* del art. 33 de la C.N., por vía de las fuentes internacionales a las que se ha adjudicado cotización constitucional.
- La existencia de una *jurisprudencia de la CSJN* que se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por parte del Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente.
- La literalización de los *procesos constitucionales de amparo, hábeas data*⁵⁷⁵ y *hábeas corpus* (art. 43, *Ibid.*).
- La incorporación de una regla expresa que admite el *control jurisdiccional de constitucionalidad*, al permitir que el juez que entiende en una acción de amparo declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión* lesivos (art. 43, primer párrafo).
- Y, entre otras cuestiones, un nuevo paradigma en materia de *igualdad*.

3. Análisis en particular

A) Autoafirmación de la fuerza normativa de la Constitución

Aun cuando el razonamiento pudiera aparecer a primera vista como producto de una interpretación forzada, no es insensato pensar que la Constitución contiene una autoexpresión de normatividad y vinculatoriedad jurídica en el párrafo que abre su art. 36, cuando afirma tajantemente: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos*”⁵⁷⁶.

Como *mutatis mutandis* enseña BIDART CAMPOS, la Constitución se ha *juridizado*, es “derecho de la Constitución”, es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos. Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicarle tal fuerza o vigor, se ha reforzado

575 Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación “hábeas data”.

576 Paralelamente, dicha prescripción admonitoria del párrafo transliterado del art. 36 se conecta con las desgraciadas experiencias de interrupciones al normal desenvolvimiento institucional por la sola razón de la sinrazón de la fuerza, por ejemplo, la aciaga dictadura padecida en Argentina entre 1976 y 1983.

la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base (o de vértice)⁵⁷⁷.

Ello implica que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido⁵⁷⁸.

B) Ampliación del catálogo de derechos explícitos

Es lo que ha sucedido, por ejemplo y como anunciábamos, con los nuevos arts. 37, 41, 42, todos insertos en el capítulo segundo denominado justamente “Nuevos derechos y garantías”, correspondiente a la primera parte del texto constitucional, esto es, el tradicionalmente denominado *sector dogmático*. Ya en la *parte orgánica*, un tanto atípicamente, también aparecen nuevos derechos que remiten al segmento constitucional dogmático, v. gr., el art. 75, inc. 17, sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el sentido expuesto, el aludido *art. 37* positivó los *derechos políticos*, ausentes hasta entonces del texto constitucional explícito, aunque por supuesto presentes en la vida institucional a partir del aludido artículo 33 constitucional (incorporado en 1860 al texto de la Carta magna) y en el desarrollo normativo subconstitucional; el también señalado *art. 41* se refiere, *inter alia*, al *derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano* y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y el citado *art. 42* consagra los derechos de usuarios y *consumidores de bienes y servicios*.

C) Acrecimiento de los derechos no enumerados o implícitos

Como se adelantó, el texto anterior a la renovación constitucional ya contenía (y ésta mantuvo) una trascendente cláusula: la de los derechos implícitos, en el art. 33.

La innovación de 1994, con la adjudicación de rango constitucional a un nutrido bloque de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el nombrado art. 75, inc. 22, párrafo 2º (como veremos enseguida), garantiza un conjunto de

577 BIDART CAMPOS, Germán J., “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, op. cit., MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº II, p. 729.

578 Ídem.

derechos que se adosan a los que surgen del nombrado art. 33 de la Ley básica y a los explícitamente enunciados en esta última.

Si bien ese art. 75 (que enumera las competencias del Congreso de la Nación) corresponde formalmente a la *parte orgánica* de la Constitución, como explica BIDART CAMPOS, es expresión de un fenómeno normativo propio de la reforma de 1994 que consiste en incorporar a dicho segmento una serie de valores, principios y derechos que *obligadamente reenvían a la parte dogmática*⁵⁷⁹, tal como advertíamos respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

D) Jerarquización constitucional de un plexo de instrumentos internacionales

La adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párrafo 2º, *Ibid.*) hace que la antigua figura de la 'pirámide', en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de 'trapecio' en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Al solo efecto ilustrativo, cabe recordar que los instrumentos internacionales beneficiarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la que figura explícitamente en la Ley fundamental, por decisión de la Convención Constituyente de 1994, son: la DADDH, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la CADH, el PIDESC, el PIDCP y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del 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 (CETFDICM), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párrafo 3º), los siguientes documentos: *i*) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820⁵⁸⁰; y *ii*) la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778⁵⁸¹.

579 BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 289.

580 B.O. de 29 de mayo de 1997.

581 B.O. de 3 de septiembre de 2003.

E) Principios 'pro persona' e 'in dubio pro actione'

Es indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuentan la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes (otrora inexistentes o con una carga preceptiva entonces posible de mediatizar) y de reestudiar diversas categorías jurídicas a la luz de las pautas internacionales.

Como es de suponer, el incumplimiento de aquellas obligaciones en el plano transnacional generará la responsabilidad estatal internacional, que naturalmente resultará agravada si la preterición de que se trate supone una infracción —por acción u omisión— a normas iusinternacionales fundamentales.

En esta trama de conexiones y articulaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, no puede pasar inadvertido que, por caso, algunas irradiaciones del art. 29 de la CADH quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inc. 'b'); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inc. 'c').

Aunque sobreabundante, lo dicho apunta a relevar que ante un conflicto de interpretación o aplicación jurídicas entre una norma internacional de derechos humanos y otra interna sobre la materia, *deberá en toda ocasión optarse por la solución que de modo más acabado y efectivo brinde mayor protección a los derechos humanos en juego, sea que se nutra de una fuente doméstica o de una proveniente del plano internacional.*

Ello nos conduce a un postulado sustancial que preferimos designar *pro persona* y no *pro homine*, pues aquella denominación tiene un alcance más vasto y resguarda la perspectiva de género.

Como se sabe, se trata de un axioma interpretativo que impone decantarse por la *norma más favorable a la persona humana*. Así, cuando se trata de *derechos*, corresponde optar por la disposición más amplia o la hermenéutica más extensivas; y si se trata de una *restricción permanente o una suspensión extraordinaria de derechos*, debe acudir a la disposición o la interpretación más ajustadas o restrictas.

En otras palabras, tal pauta activa la necesidad de concretizar el principio de *protección integral de la persona humana* alimentado por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico⁵⁸².

La dotación de cotización constitucional a los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos ha traído consigo la resignificación del principio *pro persona*, al que aludiéramos, y del también nombrado criterio *in dubio pro actione*, lo que supone que en caso de duda, debe estarse siempre en favor de la legitimación activa como vehículo para garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Otras pautas hermenéuticas ya citadas, en este caso, de cuño internacional, vienen por añadidura. Así, las contenidas en los arts. 26, 31.1 y 27 (éste sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46⁵⁸³) de la CVDT.

Aquella dotación de cotización constitucional a un nutrido grupo de documentos iusinternacionales por la Convención Constituyente de 1994 (art. 75, inc. 22, párrafo 2º) o —como vimos— posteriormente por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22, párrafo 3º), propicia el robustecimiento de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

582 Aunque fuera del ámbito argentino, este último fundamento (orientación de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos *hacia un idéntico sustrato axiológico*) fue puesto de manifiesto en un interesante precedente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador: Sentencia 52-2003/56-2003/57/2003, de 1 de abril de 2004, “Caso inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras”.

En dicho pronunciamiento la Sala revisa y modifica algunos de sus anteriores fallos en los que analizaba la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico salvadoreño, sentando ahora la pauta que indica que debe reconocerse que no son contrarias a la Constitución aquellas normas internacionales que sean análogas o más amplias en su reconocimiento sobre los derechos humanos, pues la Constitución en integración con los instrumentos internacionales en la materia forman un *corpus iuris* que dirige su ámbito de vigencia efectiva *hacia un mismo sustrato axiológico*: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad, es decir, dignidad, libertad e igualdad.

El texto (resumido) de la sentencia puede consultarse en *Diálogo jurisprudencial*, N° 1, julio-diciembre 2006, Corte IDH, IIDH, IIJ de la UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, D.F., 2006, pp. 153-163.

583 El multicitado art. 27 de la CVDT debe leerse en línea con el art. 46 de la misma. Es decir, como principio no puede alegarse el derecho interno para dejar de cumplir una obligación asumida por un tratado internacional, salvo 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 —art. 46.2 de la Convención—) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, 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, op. cit., *Derecho de los tratados internacionales*, pp. 272 y 271).

F) *Literalización de los procesos constitucionales*

A lo largo de sus cuatro segmentos, el art. 43 franquea el acceso al texto de la Ley fundamental de los procesos constitucionales de amparo⁵⁸⁴ (párrafos 1º y 2º), hábeas data (párrafo 3º) y hábeas corpus (párrafo 4º).

a) El *proceso de amparo* es un instrumento de singular valía para dar canalización judicial a los derechos fundamentales, tanto en sus vertientes de *amparo individual o clásico* (párrafo 1º), como de *amparo colectivo* (párrafo 2º), complementadas por las siguientes normativas infraconstitucionales aplicables, en tanto sean compatibles con la Carta magna y según corresponda: **i)** la citada Ley N° 16.986, contra actos u *omisiones* de autoridad pública; **ii)** el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.), contra actos u *omisiones* de particulares; y **iii)** de otros subtipos específicos contenidos en normativas sectoriales, entre ellos amparos ambiental, electoral, sindical y por mora de la Administración.

Corresponde destacar que, reforma constitucional mediante, el radio de cobertura del *amparo individual o clásico* se ha visto significativamente incrementado en tanto quedan cubiertos bajo su tutela los derechos y garantías emergentes de la *Constitución, los tratados internacionales y las leyes*.

Procede la acción contra todo acto u *omisión* de autoridades públicas o de particulares. Asimismo, se ha positivado una facultad jurisdiccional que ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la CSJN, en cuanto a que el juez del amparo puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión lesivos*.

Ya respecto del *amparo colectivo*, éste es articulable contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. En estos casos, la legitimación activa se acuerda al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a tales fines y que se encuentren registradas conforme a la ley.

584 Aunque vastamente conocido, no podemos dejar de mencionar que en nuestro país el amparo fue concebido pretorionalmente. Los dos señeros precedentes que lo generaron fueron: *i)* el mencionado caso “Siri, Ángel” (*Fallos*, 239:459), donde el Tribunal se expidió por mayoría el 27 de diciembre de 1957, formada por los jueces Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso, mientras que el ministro Herrera votó en disidencia; y *ii)* “S.R.L. Samuel Kot” (*Fallos*, 241:291), de 5 de septiembre de 1958, también resuelto mayoritariamente, en esta ocasión por los jueces Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela, mientras que en minoría se pronunciaron los ministros Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte. Tales emblemáticos decisorios (sobre los que volveremos) dieron vida, respectivamente, al *amparo* contra actos de autoridad pública y contra actos de particulares.

Por lo demás, en el nombrado caso “Halabi” la CSJN ha interpretado que tal tramo del artículo 43 constitucional deja espacio para alojar a una categoría compuesta por *derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos* tutelables por medio de las “acciones de clase”.

b) En torno al *hábeas data*, desde nuestro punto de vista se trata de un *proceso constitucional autónomo, diverso del amparo*, con exigencias y alcances distintos de éste y que tutela un bien jurídico específico: *el derecho de autodeterminación informativa*⁵⁸⁵.

Este último es un *derecho autónomo*, con una doble dimensión: *sustancial*, como derecho en sí mismo; e *instrumental*, es decir, como soporte para la cobertura tutelar de otros derechos, *inter alia*, los de intimidad, honor, dignidad.

El dispositivo normativo que regula la materia (Ley de Protección de Datos Personales) fue sancionado el 4 de octubre de 2000 y lleva el N° 25.326⁵⁸⁶. A su vez, fue reglamentado por medio del Decreto N° 1.558/2001⁵⁸⁷.

c) En cuanto al *proceso constitucional de hábeas corpus*, el párrafo que clausura el artículo constitucional 43, expresa: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Rescatamos dos aspectos importantes: *i)* una de las hipótesis expresamente estipuladas permite la articulación del hábeas corpus en caso de *desaparición forzada de personas*⁵⁸⁸; y

585 Ver al respecto, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2012*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 37/76.

586 B.O. de 2 de noviembre de 2000.
Fue observada por el Poder Ejecutivo por medio del Decreto N° 995/2000, publicado en la misma fecha que la ley a la que se refiere.

587 B.O. de 3 de diciembre de 2001.

588 Mucho antes de la reforma de 1994, un lejano antecedente de tal previsión en la jurisprudencia de la Corte Suprema puede localizarse, *mutatis mutandis*, en el caso “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Pedido”, de 21 de diciembre de 1978 (*Fallos*, 300:1282). Votaron coincidentemente los ministros Gabrielli, Rossi, Frías, Daireaux y Guastavino.

Por lo demás, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 1994 se intensificó un proceso de normatización de diversos instrumentos contra ese flagelo, lo que obedece —claro está— a la gran cantidad de desaparecidos que dejó la espeluznante (y aludida) dictadura militar de 1976-1983. En ese sentido, pueden contabilizarse además del último segmento del art. 43 de la C.N., la jerarquización constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (tal como anunciábamos, por medio de la Ley N° 24.820); y, además de otras normas internas, la ratificación (el 14 de diciembre de 2007) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 2006), convención aprobada por medio de la Ley N° 26.298 (B.O. de 30 de noviembre de 2007),

ii) el juez está obligado a resolver de inmediato el hábeas corpus *aun durante la vigencia del estado de sitio*.

Por último, es interesante reiterar que la CSJN ha abierto una interesante brecha garantista al habilitar la procedibilidad del *hábeas corpus correctivo colectivo* en la aludida causa “Verbitsky”.

G) *En torno al principio de igualdad*

Es posible vislumbrar la gestación de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal*, simbolizada por el artículo 16 constitucional, en cuanto a que todos los habitantes *son iguales ante la ley*; con la *igualdad material* o *sustancial*, encarnada en las siguientes normas:

- El citado art. 37, atinente a la *igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios*.
- El art. 75, en su inc. 19, relativo a la competencia del Congreso para sancionar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la promoción de los valores democráticos y la *igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*.
- El art. 75, en su inc. 23, referido a 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 la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*; además de dictar un *régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*, tópicos que obviamente se vinculan con el derecho a la salud⁵⁸⁹.

Tal yuxtaposición de módulos de la igualdad, insuflada por la modificación constitucional en análisis, queda corporizada en el texto constitucional con una nueva fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como *igualdad real de*

convirtiéndose la Argentina en el primer país de América y el segundo en el mundo en ratificar tal instrumento, que fue firmado por setenta y un (71) Estados.

589 Es preciso tomar en consideración, además, que el inc. 2° de tal art. 75, relativo al régimen de coparticipación federal de impuestos entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), establece —*inter alia*— que la distribución entre dichos entes se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto: será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e *igualdad de oportunidades* en todo el territorio nacional.

oportunidades, posibilidades y de trato, para cuya operatividad se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades, por caso, mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados. En otras palabras, el nuevo esquema de igualdad debe *garantizarse a través de medidas de acción positiva*.

Se ha precisado que la igualdad *de iure* se define como condición o *status* jurídico de cada ser humano, es decir, como igualdad ante la ley, al tiempo que la discriminación *de iure* es la que surge de una norma o de su aplicación. A partir de tal sustento conceptual se concluye que los tratados de derechos humanos que tienen como sujetos jurídicamente protegidos a determinados sectores de la humanidad que sufren discriminación por diversos motivos, buscan la eliminación de la discriminación *de iure* y la observancia de la igualdad *de iure* para llegar a la eliminación de la discriminación *de facto* y a la igualdad real de oportunidades y trato⁵⁹⁰.

Ello ha llevado a resaltar la relevancia del término “real” que se incluyera en el art. 75, inc. 23, de la C.N., cuyo objetivo es lograr la igualdad real, la igualdad social, que muchas veces desborda el cambio legislativo. En esa línea, se ha explicado que a partir de la constatación de la existencia de actos de discriminación por arraigadas pautas culturales, religiosas, o bien prejuicios raciales, sexuales o de cualquier otra naturaleza, surgen normas del derecho internacional que, en primer lugar, reconocen la existencia de la discriminación y, en segundo lugar, obligan a los Estados signatarios a remover los obstáculos de toda índole que producen tales exclusiones tomando medidas ya no sólo legislativas sino de todo tipo, que aseguren la igualdad *de facto*, en tanto igualdad *de iure* ineficaz e ineficiente. Ellas son, a criterio de la autora que aquí citamos, las *medidas de acción positiva* a las que se refiere el mencionado art. 75, inc. 23⁵⁹¹.

Para abastecer ese propósito, en el ámbito genérico de las medidas de *acción positiva* programadas, por caso, en el art. 75, inc. 23, y en un esquema jurídico donde tampoco se puede ignorar el torrente axiológico que brinda el imperativo preambular de “afianzar la justicia”⁵⁹², quedan decididamente vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución y significativo reaseguro en el sentido

590 GRAHAM, Marisa A., en VEGA, Juan C. y GRAHAM, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 78.

591 *Ibid.*, p. 79.

592 Sobre este último tema, ver BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, T° I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2003, pp. 303-336.

de que no se tolerará el incumplimiento, por acción u *omisión*, de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los instrumentos sobre derechos humanos.

Pensamos que la modificación constitucional ha ido más allá todavía, procurando entronizar la visión consistente en que debe *realizarse* la mencionada *igualdad* por medio de la vinculación efectiva de *todos* los poderes del Estado, los que se encuentran obligados a hacerlo empleando las atribuciones que, dentro de sus respectivas órbitas competenciales, estimen adecuadas y pertinentes a esos efectos. Incluso y en ciertas circunstancias, tal principio vincula igualmente a los particulares, tema que conecta con la denominada *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a la que ya aludiéramos.

A su tiempo y a partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos humanos, se comprueba que éste conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario es la *no discriminación*⁵⁹³ por razones de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1.1., *in fine*, de la CADH), enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

De lo expuesto hasta aquí, al menos en nuestra percepción, surge que la igualdad no se reduce ni agota en la no discriminación, sino que además es una fructífera herramienta contra la mediatización y la exclusión de grupos sociales. En otras palabras, deviene útil para combatir una suerte de estatus de *ciudadanía incompleta*.

Al respecto, SABA precisa que para una familia de juristas compuesta por FISS, POST, MACKINNON, THOMSON y YOUNG (nómina en la que incluye a Mariano MORENO), “la igualdad constitucional no es sólo un antídoto a la discriminación (tratos desiguales irrazonables), sino a la exclusión, la marginalización estructural y la erradicación de grupos (no siempre minoritarios) del proceso de toma de decisiones democráticas por vías directas (como la prohibición del voto) o indirectas (como la destrucción de la autoestima)”. Extrapolando tal perspectiva doctrinaria a las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, particularmente en el nuevo art. 75, inc. 23, considera que “*la visión de la igualdad como contraria al sometimiento de grupos ha sido expresamente incorporada a la Constitución*”, pudiendo tal relectura constituirse (a más de un siglo y seis décadas desde su sanción originaria) “en una posible respuesta a situaciones de exclusión y marginalización de grupos que emergieron con mayor evidencia a partir de la crisis social que enfrentó

593 PINTO, Mónica, op. cit., *Temas de derechos humanos*, p. 13.

nuestro país a comienzos del siglo XXI y que dejó secuelas que tardarán mucho en desaparecer”⁵⁹⁴.

Para finalizar, es oportuno recordar que la Corte IDH —en su relevante Opinión Consultiva (O.C.) 18/03⁵⁹⁵, solicitada por México— ha dicho claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante ésta y no discriminación, pertenece al *ius cogens* (párrafo 101), “permea todo ordenamiento jurídico” (id. párrafo) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (párrafo 100).

IV. Compendio final

1. Las características jurídicas, institucionales y axiológicas del Estado Constitucional (y Convencional) parecieran fundamentar y legitimar el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley fundamental, en orden a amparar su *primacía* y vigor *normativo*, junto a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con valencia homóloga.

La alusión al carácter *normativo* de la Constitución nos conmina a una inmediata aclaración para evitar caer en una “mera tautología”, a estar a la advertencia de NIETO⁵⁹⁶. Nos sustentamos en que la Ley fundamental es *norma jurídica* y, por ende, sus disposiciones aun cuando heterogéneas deben estar dotadas —mediata o inmediatamente— de eficacia.

En realidad, aquel autor mantiene que el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, *sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta*. Es decir que, desde el punto de vista técnico, el asunto *no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino en determinar cuáles son sus efectos jurídicos*⁵⁹⁷.

2. Con todo, la Constitución no es, ni puede ser, un catálogo de declamaciones líricas, un compendio de poesía constitucional o un constructo metajurídico, sino —por el contrario— se trata de la norma *suprema* del ordenamiento jurídico estatal que compromete jurídicamente a los particulares y a los poderes públicos.

594 SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 741.

595 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, cit.

596 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 387.

597 Ídem.

Dicha vinculación a estos últimos les implica —a nuestro juicio— que no sólo sus *actos* serán objeto de control de constitucionalidad, sino también sus *omisiones*, además de que tal vinculación es *negativa y positiva*.

Lo explicamos con un ejemplo: el Tribunal Constitucional español⁵⁹⁸, en la STC N° 101/1983 ha establecido que quienes ejercen los poderes públicos tienen además del *deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que viole la Constitución*, un *deber general positivo* de cumplir sus funciones de acuerdo con ella y que la Constitución obliga a todos: *ciudadanos y poderes públicos*. De la normatividad de la Ley fundamental deriva la alegabilidad de sus preceptos ante los tribunales (STC N° 16/1982). A su turno, cabe recordar que el propio art. 9.1 de la Constitución española despeja toda duda, al expresar: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

3. En el escenario jurídico argentino, reacondicionado por la innovación constitucional de 1994 y *aggiornado* por medio de la interpretación dinámica y evolutiva que despliega la CSJN, puede predicarse la existencia de una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con dicho Alto Tribunal a la cabeza) para combatir las *omisiones anticonstitucionales (también inconvencionales)*.

4. Así lo autoriza a sostener la confluencia de una serie de elementos contenidos en la Carta básica, entre los que figuran: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (arts. 37, 41, 42); la instauración de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data (art. 43); la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material o sustancial* (arts. 37 y 75, incs. 2°, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional originaria a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, además de la adquisición de semejante cotización *ex post* por un tándem de documentos internacionales en la materia (art. 75, inc. 22, párrafos 2° y 3°, respectivamente).

5. No se alcanza a apreciar —nítidamente, al menos— la convergencia de regla, valor o principio constitucional alguno que pudiera quedar comprometido o lesionado si se hiciera viable la procedibilidad del control judicial sobre las omisiones inconstitucionales.

Es más, al plexo de normas, principios y valores reseñados se suman otros de innegable entidad en el marco del Estado Constitucional: el debido proceso (art. 18) y los derechos y garantías implícitos (art. 33), disposiciones que al igual que las aludidas precedentemente, quedan envueltas y recorridas por el caudal axiológico que les suministra la pauta contenida en el Preámbulo que compele a *afianzar la justicia*.

598 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., *El sistema constitucional español*, pp. 75 y 74.

El proemio constitucional precede e integra la Ley fundamental, ostenta valor jurídico-normativo y ofrece utilidad como pauta de orientación hermenéutica⁵⁹⁹, al tiempo que no cabe olvidar que la interpretación judicial de la Constitución (y, por extensión, el control de constitucionalidad) no es, precisamente, una tarea valorativamente neutra⁶⁰⁰.

6. Y aquí aflora una realidad no disimulable: el contenido axiológico de la Constitución argentina ha recibido un importante refuerzo a través de la reforma de 1994. Es innegable el intenso impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido dicha modificación a la Ley fundamental en el ámbito específico de los *derechos humanos*, marco en el que el multicitado art. 75, inc. 22, representa la nueva clave de bóveda para una interpretación actualizada de la misma.

7. Un significativo aporte adicional a nuestra argumentación aflora de la propia praxis de la CSJN pues, como tendremos ocasión de verificar más adelante, no se observa en ella una actitud de rechazo a la inconstitucionalidad por omisión.

Por el contrario, en distintas épocas y con diferentes integraciones muestra en su acervo jurisprudencial algunos interesantes antecedentes en la materia, aun cuando no siempre haya sido discursivamente categórica al calificar a su tarea como fiscalizadora y/o correctiva de la anticonstitucionalidad omisiva.

Sobre el punto, sin ánimo de taxatividad, pueden incluirse en el elenco de fallos que desde nuestra óptica alimentan tal aserción (con mayor o menor nivel de firmeza), a los siguientes: “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁶⁰¹, de 15 de noviembre de 1985 (resuelto por conjueces); el citado “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”, de 7 de julio de 1992; “Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo”⁶⁰², de 9 de abril de 2002; el nombrado “Verbitsky”, de 3 de mayo

599 Sobre el punto, se ha indicado que el Preámbulo —en su parte final— contiene una disposición expresa: “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución”, frase que indica el valor jurídico de aquel y de la Constitución (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina*, 2ª ed. ampl. y actualiz., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 6).

600 *Mutatis mutandis*, BOUZAT afirma que el control judicial de constitucionalidad exige necesariamente que los jueces realicen valoraciones de profunda relevancia política y moral, con lo cual refuta la percepción que —según entiende— realiza la dogmática constitucional argentina al pretender que los jueces pueden interpretar la Constitución de una manera valorativamente neutra, recurriendo al texto constitucional o a la intención del constituyente (BOUZAT, Gabriel, “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad [A propósito de la Sentencia 29-4-93 de la Corte Suprema Argentina, caso ‘Iachemet, M^a L. vs. Armada Argentina’]”), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 54, septiembre-diciembre de 1998, CEPC, Madrid, p. 278).

601 *Fallos*, 307:2184.

602 *Fallos*, 325:524.

de 2005; el aludido caso “Badaro”, sentencias I y II, respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; el también referido “Halabi”, de 24 de febrero de 2009; en cierto punto también, el mencionado “Q. C., S. Y.”, de 24 de abril de 2012; y “Dávila Lerma, Carlos Alberto c/ Provincia de Formosa y/u otros”⁶⁰³, de 5 de junio de 2012.

8. Uniendo los diversos eslabones reseñados, *normativos* (Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales) y *jurisprudenciales* (praxis de la CSJN), poco sitio queda para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución (y los compromisos internacionales en la materia) originadas en *inacciones u omisiones (primordialmente) legislativas*, base de la inconstitucionalidad por preterición.

Se hace ostensible, por lo demás, la necesidad de poner un límite razonable a la obturación del desarrollo de la eficacia de los preceptos constitucionales a causa de la *quiescencia del legislador*, lo que no significa que la justicia constitucional arrase con el núcleo de competencias propias de aquél y su libertad de configuración normativa, sino que se procure evitar que *la falta de efectividad de las disposiciones constitucionales ante semejante inercia impacten negativamente en los derechos fundamentales, anudados a la dignidad de la persona humana*.

9. Es apropiado traer a colación la perspectiva que aporta ROLLA cuando afirma que entre *Constitución democrática y derechos fundamentales* se establece una relación dialéctica, pues por una parte la Constitución (en tanto fuente suprema del ordenamiento —junto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía equivalente a ella, nos permitimos añadir por nuestra parte—) constituye la base de su reconocimiento y tutela; y, por otra parte, el goce del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición elemental para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho⁶⁰⁴.

Y en tal *vinculación de Constitución y derechos fundamentales*, la *jurisdicción constitucional es parte esencial*, moldeándose una especie de *triángulo equilátero*, que enlaza una trilogía de características básicas del constitucionalismo contemporáneo: *principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*⁶⁰⁵.

603 Causa 'D.518.XLI, Recurso de hecho.

604 ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, N° 28, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, Lima, 2008, p. 56.

605 *Ibid.*, p. 57.

TÍTULO UNDÉCIMO

**LA INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN EN
LA ARGENTINA (II):
JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN**

I. Anotación preliminar

Partiendo de la inexistencia de norma expresa que institucionalice el examen de la inconstitucionalidad omisiva en el orden federal argentino, en la presente parte de la indagación exploraremos algunos precedentes del repertorio jurisprudencial de la CSJN.

El citado segmento se vertebrará con tres capítulos: el I, referido a la jurisprudencia *negatoria* de la inconstitucionalidad por omisión; el II, sobre la jurisprudencia que, con matices, podríamos llamar *admisoria*; y el III, en el que relevaremos ciertos aspectos que se desprenden del recorrido por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

II. Advertencia

A manera de digresión, pero para poner en su justa perspectiva la doctrina que surge de las sentencias por reseñar y su eventual pervivencia, debe recordarse que desde el dictado de muchas de aquellas se han producido numerosos cambios en la integración del Máximo Tribunal argentino.

Las modificaciones que generaron su *metamorfosis* se gestaron principalmente entre 2003 y 2004, impulsadas por el entonces presidente de la Nación Néstor Kirchner.

Antes de reseñar de modo sumario las variantes producidas en ese lapso, debe precisarse que en 2002 el ministro Maqueda se había incorporado al Tribunal durante la presidencia de Eduardo Duhalde, en remplazo del renunciante juez Bossert.

Señalado lo anterior, se observa que en junio de 2003 renunció a la Corte su hasta entonces presidente, Dr. Nazareno, a quien se le había promovido juicio político, siendo remplazado por el ministro Zaffaroni; la presidencia del Tribunal recayó en el Dr. Petracchi. Posteriormente, en octubre del mismo año, dimitió el Dr. López, sobre quien por entonces también pesaba un juicio político (y falleció luego de alejarse del Tribunal), resultando sustituido en julio de 2004 por la Dra. Argibay, quien falleció recientemente (10 de mayo de 2014). Por su parte, en diciembre de 2003 fue destituido el Dr. Moliné O'Connor y remplazado en junio de 2004 por la Dra. Highton de Nolasco (hoy vicepresidenta de la Corte). En septiembre de 2004, se retiró de su cargo el Dr.

Vázquez, movido por el juicio político en su contra, resultando sustituido por el Dr. Lorenzetti que ingresó a la Corte en diciembre de 2004 y la preside desde 2007⁶⁰⁶.

A su turno, en junio de 2005 el juez Belluscio renunció a su cargo con efecto a partir de 1 de septiembre del mismo año. Días después, concretamente el 28 del mismo mes, el ministro Boggiano fue relevado de su cargo por el Senado de la Nación como desenlace del enjuiciamiento político desarrollado en su contra. Estas dos vacantes no fueron cubiertas.

Debe consignarse que en fecha muy reciente (12 de octubre de 2014) se produjo el deceso del juez Enrique Petracchi. En consecuencia, la Corte está integrada actualmente (fines de 2014) con los siguientes cinco (5) ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt (este juez pudo sobrevivir a los movimientos “sísmicos”, manteniéndose en su cargo desde 1983 cuando fue nombrado por el entonces presidente de la Nación Raúl R. Alfonsín), Maqueda y Zaffaroni.

Queda entonces el Tribunal con cinco (5) integrantes, que es el número institucionalmente fijado por la Ley N°26.183⁶⁰⁷. De cualquier modo, ello será por poco tiempo ya que el juez Zaffaroni ha presentado su dimisión y abandonará el cargo en enero de 2015, abriéndose un cono de dudas acerca de cuándo será cubierta la vacante que dejará, ya que al respecto se han generado posiciones divergentes entre el oficialismo y la oposición.

Efectuadas las precedentes aclaraciones y sin más prolegómenos, pasamos entonces al muestreo sentencial anunciado.

606 El 16 de octubre de 2012, la CSJN emitió la Acordada N° 19/12, por la cual se reeligió a los ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco, respectivamente, como presidente y vicepresidenta del Tribunal. El nuevo período comenzó el primer día de 2013 y se extenderá por tres años.

607 B.O. de 18 de diciembre de 2006.

CAPÍTULO

I

JURISPRUDENCIA NEGATORIA

I. Introito

El capítulo que comenzamos a desandar presenta dos partes: en la primera, se reseñará un conjunto de sentencias que muestran el temperamento reacio de la CSJN a admitir la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo y/o del Poder Ejecutivo; mientras que en la segunda, se ofrecerá un esquema de sistematización de algunos criterios plasmados por el Alto Tribunal en tales decisorios.

II. Elenco de fallos

En distintas épocas y con diversas integraciones de la Corte Suprema, tal posición refractaria se observa, *inter alia*, en los casos que se relevarán a continuación.

1. “Loveira”

En la presente causa⁶⁰⁸, de 7 de diciembre de 1911, la Corte sostuvo que los arts. 24, 67 [actual 75] y 102 [hoy 118] de la C.N. no habían 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 (consid. 2°).

Indicó, asimismo, que de los propios términos del art. 102 [actual 118] surgía que la creación del jurado no era obligatoria en Capital Federal (consid. 5°). Por último, expresó que si el preindicado art. 24 tuviera el alcance de hacer obligatorio el establecimiento del “juicio por jurados” para toda clase de delitos (de jurisdicción federal o local), habría que tenerse en cuenta lo manifestado en el consid. 2° y los antecedentes que marcaban que la Ley N° 483 sólo se refería a los delitos de jurisdicción federal, aceptando implícitamente las organizaciones judiciales existentes en lo relativo a juicios criminales (consid. 6°)⁶⁰⁹.

Como elemento ilustrativo, es de recordar que la plataforma fáctica de la cuestión era la siguiente: El Sr. Loveira acusó al director de una publicación, Sr. Eduardo T.

608 *Fallos*, 115:92.

609 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 Sres. Valentín Santa María y Ezequiel Ramos Mejía contra el Sr. Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias; realizándose sólo un breve agregado en el fallo recaído en el juicio propiciado por Ramos Mejía.

Mulhall, por calumnias e injurias. Dicha acusación se planteó ante el juez del crimen de la Capital Federal. El Sr. Mulhall opuso la excepción de falta de jurisdicción, sustentándose en que, de conformidad con los arts. 24, 32, 67 inc. 11 [hoy 75, inc. 12] y 102 [actual 118] de la C.N., sólo podía ser acusado ante el jurado. Tal excepción fue rechazada, ante lo cual se abrió la instancia extraordinaria planteada por el perdedor.

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

En la causa de mención⁶¹⁰, 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 C.N. no impuso al Congreso el deber de proceder de inmediato al establecimiento del “juicio por jurados”, que debía conocer en las causas de delitos cometidos por medio de la prensa; por tanto, el Congreso —como legislatura local— podía conferir jurisdicción a los tribunales del fuero común de la Capital Federal, los que devenían competentes a ese efecto.

Sucintamente, 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.

3. “Tribuna Demócrata”

En el expediente del epígrafe⁶¹¹, cuya sentencia fue expedida el 9 de junio de 1947, en sentido convergente a lo indicado precedentemente, el Tribunal entendió que no habiendo impuesto la C.N. al Congreso la obligación de proceder de inmediato al establecimiento del “juicio por jurados”, aquel había podido conferir a los tribunales de justicia de la Capital Federal competencia para conocer en los delitos de desacato⁶¹² cometidos por medio de los diarios.

610 *Fallos*, 165:258.

611 *Fallos*, 208:21.

612 Ilustrativamente, recordamos que el delito de desacato fue derogado por el art. 2 de la Ley N° 24.198 (B.O. de 3 de junio de 1993). La extirpación de tal figura delictiva del sistema penal nacional (considerada incompatible con el art. 13 de la CADH) obedeció al resultado de una de las condiciones pactadas entre el periodista Horacio Verbitsky y el gobierno argentino en el marco de una solución amistosa producida ante la Comisión IDH.

En el Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, solución amistosa, de 20 de septiembre de 1994, la Comisión dio por culminado tal proceso de resolución amistosa y reconoció que el mismo había concluido a entera satisfacción de las partes y de la Comisión, habiéndose dado cumplimiento a los arts. 48.b. y 49 de la CADH y 48 del Reglamento de la Comisión.

4. “Buosi, José”

Las instancias de mérito coincidieron en la denegatoria del amparo articulado por el actor, quien invocando lesión a los arts. 14, 17 y 19 de la C.N., 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.

El accionante, 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)⁶¹³, mas con distintos fundamentos por parte de sus integrantes.

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

Por su parte, los ministros Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte expresaron escuetamente que, ante la situación jurídica sobre la que versaban las actuaciones, el demandante debió buscar la tutela jurisdiccional que pretendía, sujetándose a las disposiciones de forma prescritas por las leyes locales, por lo que —reenviando a lo que tales ministros habían manifestado *in re* “Kot”— entendieron que el remedio excepcional constituido por la demanda de amparo era improcedente⁶¹⁴.

Por último, en sustancioso voto y no obstante pronunciarse por la confirmatoria de la sentencia cuestionada, el juez Boffi Boggero (quien no intervino en la decisión recaída en “Kot”) delineó algunas pautas —a nuestro juicio— muy significativas.

En efecto, expuso que cuando un derecho constitucional era transgredido o, aun, en situaciones excepcionales, se alzase contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, debían actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto (remitiendo a *Fallos*, 242:300; 243:55 y 179, y los decisorios emitidos en “Gallardo, Antonio”, de 10 de diciembre de 1958 y “Artuso, José H.”, de 19 de los mismos mes y año, entre otros pronunciamientos), porque lo contrario llevaría al desconocimiento de las autonomías provinciales en esa materia y al imperio de

613 *Fallos*, 244:68.

614 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.

la inseguridad jurídica, *pero si dichas normas no se habían dictado, el derecho cuyo amparo se reclamaba no podía quedar indefenso, ya que era imposible concebir un poder constituido que pudiera, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente* (para lo que reenvió a Fallos, 242:112).

Agregó 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 remitió a Fallos, 242:73 y a su voto en la causa “Russo, Ángel y otra”, de 15 de mayo de 1959), y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica: la constitucional.

5. “Antonio M. E. Ruiz y otros c/ Nación Argentina”

Un grupo de docentes articuló una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Nación para que cumpliera el mandato de la Ley N° 14.473⁶¹⁵ (arts. 6, inc. ‘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 demandantes sostenían que *la omisión del Ejecutivo* configuraba un acto lesivo susceptible del remedio excepcional del amparo (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 28, 31 y 32 de la C.N.).

Tal pretensión fue acogida estimatoriamente en primera instancia, ordenándose al Poder Ejecutivo que dentro del plazo de quince (15) días dispusiera lo conducente para la fijación y actualización de los índices de remuneración de los docentes y dictara las medidas necesarias para que las retribuciones resultantes se hicieran efectivas a sus beneficiarios.

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.

Llegada la causa por vía recursiva a la CSJN, ésta confirmó (el 23 de agosto de 1963) la sentencia desestimatoria⁶¹⁶, sustentándose —*inter alia*— en que la mera petición de que se declarara que el incumplimiento de la Ley N° 14.473 violaba ciertas garantías constitucionales y que correspondía ordenar determinados actos a los Ministerios de Educación y de Economía no era susceptible de debate judicial, ya que de la sola prescindencia de efectos jurídicos de la actividad estatal (en el caso, la inactividad) no se llegaba a condenación alguna a favor de los actores sino y solamente a una declaración respecto de su alegado derecho (consid. 4°).

615 Publicada el 27 de septiembre de 1958.

616 Fallos, 256:386.

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 reconociera a favor de los accionantes un derecho concreto a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas, conclusión que —sostuvo— debía admitirse respecto de la inactividad ejecutiva impugnada de inconstitucionalidad, porque —evocó— era principio que el control de constitucionalidad no autorizaba a la Corte a sustituir a los otros poderes del Gobierno en su función (cfr. *Fallos*, 237:24; 238:488; 239:260; 245:419) —ver consids. 2° y 3°—.

6. “Costa c/ Municipalidad de la Capital y otros”

El actor inició una acción resarcitoria a raíz de publicaciones periodísticas en las que se le atribuyó 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 accesoria 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, rectificación o respuesta aun sin ley interna del Congreso*), la mayoría de la Corte dijo, en su fallo de 12 de marzo de 1987⁶¹⁷:

“Que [...] a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultaba procedente la reparación de los daños causados (arts. 1089 y 1090 del Código Civil)⁶¹⁸, toda vez que el ‘derecho de réplica o rectificación’ consagrado en la Convención sobre Derechos

617 *Fallos*, 310:508.

Votaron mayoritariamente los ministros Belluscio, Petracchi y Bacqué; por su voto se pronunció el juez Caballero, y en disidencia el ministro Fayt.

618 El art. 1089 del Código Civil dispone: “Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier 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 art. 1090 *Ibid.*, 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, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este Capítulo”.

Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— aprobado por la Ley 23.054⁶¹⁹ no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno (art. 2); 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 art. 1071 bis CC.⁶²⁰ [Código Civil] 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 (art. 114 C.P.N.)⁶²¹ (consid. 16).

En otras palabras, pese a reconocer que el derecho de réplica había sido consagrado por un pacto internacional (y “aprobado por la Ley 23.054”), entendió que *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.

7. “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca y otro”

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

619 B.O. de 27 de marzo de 1984.

620 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”.

621 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”.

Al solo efecto ilustrativo vale recordar que, como consecuencia del fallo dictado en el citado “Caso Kimel vs. Argentina”, de 2 de mayo de 2008, la Corte IDH dispuso entre otras cosas que el Estado argentino debía *adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la CADH, de tal forma que las imprecisiones reconocidas (en punto a la deficiente regulación penal de la materia), se corrigieran para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afectaran el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.*

Como consecuencia de dicho pronunciamiento, se sancionó la Ley N° 26.551 (B.O. de 27 de noviembre de 2009), modificatoria del Código Penal, que intentó ajustar a los estándares internacionales los supuestos penales contenidos en los arts. 109 (calumnias) y 110 (injurias) de dicho Código.

Básicamente, la modificación normativa ha supuesto que ambas figuras sólo podrán generar la sanción de multa, advirtiendo respectivamente que en ningún caso supondrán delito de calumnia *las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*, y tampoco conformarán delito de injurias *los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

contra el director de la publicación, persiguiendo se los condenara a editar en la tapa y en la ‘sección política’ de aquella, la rectificación de una noticia —inexacta, a su juicio— aparecida en el N° 62, que lo vinculaba con un cierto complot y consignaba que había sido citado a declarar respecto del mismo.

Básicamente, su reclamo se sustentaba en que el derecho de réplica era 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 1 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 —en la moción que encabeza el fallo— puntualizó⁶²²:

“Que si bien es cierto que el art. 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 agraviantes 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*” (consid. 7°).

“Que [...] reconocer un derecho a réplica en favor del actor, basado en el art. 33 C.N., 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*” (consid. 11, primera parte).

“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 art. 33. La conclusión negativa para nada prejuzga lo concerniente a la compatibilidad con la Constitución de las normas legales que eventualmente

622 Fallos, 311:2553.

La mayoría quedó integrada por los jueces Belluscio y Bacqué. Concurrentemente, lo hizo el ministro Petracchi.

se dictaran en cumplimiento del art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica” (consid. 12).

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*)⁶²³, sino que aquel derecho tampoco fluía del citado artículo 33 constitucional, por lo que rechazó el amparo interpuesto por el Sr. Sánchez Abelenda.

8. “Ekmekdjian c/ Neustadt y otros”

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 Arturo Frondizi —expresidente de la Nación—, en el programa televisivo ‘Tiempo Nuevo’, producido por los Sres. 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 debía quedar reservada a personas o empresas propietarias de medios de comunicación; el Pacto de San José de Costa Rica era operativo; el derecho de réplica se fundamentaba en el art. 33 de la C.N. y que era indiferente el hecho de no haber sido atacado directamente un derecho personalísimo del actor, pues de lo que se trataba era de proteger intereses difusos.

La Corte emitió su fallo el 1 de diciembre de 1988⁶²⁴, sosteniendo —en mayoría— 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 art. 19, determina que toda restricción de aquélla debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo” (consid. 4°).

“Tal afirmación [relativa a que no puede aceptarse que el derecho de réplica se base en el art. 33 C.N., 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

623 Reiterando —en el particular— la doctrina sentada *in re* “Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Capital y otros”.

624 *Fallos*, 311:2497.

En mayoría se pronunciaron los ministros Petracchi y Bacqué y en voto concurrente el juez Belluscio.

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” (consid. 5°).

“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 consid. 6°).

Por su parte, en su voto concurrente el juez Belluscio puntualizó:

“Descartado que el derecho ‘sub examine’ pueda considerárselo como una de las garantías comprendidas en el art. 33 C.N. [...] *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’ (art. 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 art. 19 C.N., según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda” (parte *in fine* del consid. 4°).

Surge con claridad que la Corte reitera en el particular sus fallos anteriores “Costa” y “Sánchez Abelenda”, envolviendo argumentalmente su decisión en las siguientes pautas: el derecho de réplica no integraba el orden jurídico-positivo interno (ni lo integraría si no mediaba una ley que lo desarrollase endógenamente)⁶²⁵; tal derecho tampoco podía inferirse de la cláusula constitucional que —genéricamente— se refería a los derechos implícitos (art. 33); y la operatividad que otorgara fuerza a la réplica no podría ser ejercida desde el Poder Judicial, pues se trataba de una cuestión de política legislativa, ajena a la competencia de los órganos jurisdiccionales.

Más adelante veremos cómo, afortunadamente, se modificó este criterio retardatario. El *turning point* en la jurisprudencia argentina sobre la materia se produjo en el trascendente caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho”, de 7 de julio de 1992.

9. “María Cristina Pupelis y otros”

A) Contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que había declarado la inconstitucionalidad del art. 38 del

625 Consids. 3° de la mayoría y 4° del ministro Belluscio.

Decreto-Ley N° 6.582/58⁶²⁶ y admitido el recurso de revisión interpuesto por dos de los condenados y reducido la pena a ellos impuesta en calidad de autores del delito de robo calificado por el uso de armas, el Fiscal de Cámara dedujo recurso extraordinario, el que, al ser denegado, motivó la queja que pasó a resolver la Corte.

El Alto Tribunal recordó que la sentencia dictada por la Cámara *a quo* remitía a los argumentos de la mayoría de la Corte en la causa “Martínez, José Agustín s/ Robo calificado”⁶²⁷, de 6 de junio de 1989. En ella, los fundamentos para declarar la inconstitucionalidad del art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58 reposaron en la violación de la igualdad ante la ley, en cuanto arbitrariamente se otorgó protección especial a los automotores, excluyendo irrazonablemente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que tenían igual o mayor valor económico, y en la desproporción de la pena amenazada para el robo de automotor con armas, pues partía de un mínimo que no sólo excedía notoriamente al correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles, sino que llegaba a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple.

A pesar de lo resuelto en la causa mencionada en el párrafo anterior, en “Pupelis”⁶²⁸ la Corte decidió por mayoría, el 14 de mayo de 1991, admitir la queja, revocar la sentencia apelada y defender la constitucionalidad de la norma impugnada, precisando que aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría *omitido* dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no era posible que el Tribunal interviniera toda vez que en tales casos no se trataba de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino, a lo sumo, de un

626 B.O. de 22 de mayo de 1958. Tal Decreto-Ley fue ratificado por la Ley N° 14.467 (B.O. de 29 de septiembre de 1958).

En función del art. 166, inc. 2°, del Código Penal, el art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, ratificado por la Ley N° 14.467, disponía que si el robo de un automotor se cometiere con armas, se aplicaría reclusión o prisión de nueve (9) a veinte (20) años [actualmente el art. 166 del Código Penal estipula penas que van de cinco (5) a quince (15) años, de conformidad con lo determinado por el art. 1 de la Ley N° 25.882, B.O. de 26 de abril de 2004].

La Corte observa que según se infiere del mensaje que acompañaba al texto de la normativa en cuestión, “para elevar la escala penal de las figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos —que no tienen otros bienes muebles— y el elevado valor económico que representaban —generalmente también superior al de aquéllos—; buscándose revertir el incremento en las sustracciones de automotores observado, que encontraba su causa principal en la facilidad que se ofrecía a los delincuentes para su comercialización, tanto como en la desprotección en la que comúnmente se hallan por la necesidad de ser dejados en la vía pública o en lugares librados, en mayor o menor medida, a la confianza pública” (consid. 3°).

De cualquier modo, debe dejarse consignado que el art. 38 (entre otras normas) del Decreto-Ley N° 6.582/58, ratificado por la Ley N° 14.467, fue derogado por la Ley N° 24.721 (B.O. de 18 de noviembre de 1996).

627 Fallos, 312:826.

628 Fallos, 314:424.

conflicto de normas de igual rango respecto del cual le estaba vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante (consid. 9°).

A aquel tramo del razonamiento, la posición mayoritaria le adosó un nuevo eslabón argumental consistente en afirmar que *la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos*, puesto que en tal caso la sentencia de la Corte no tendría por fin descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino, antes bien, imponer al Poder Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada, *sometiendo a dicho Poder a los propios criterios de la Corte acerca de qué conductas debían ser declaradas delictivas y cómo debían ser punibles, lo que repugnaba a la organización constitucional del poder de la República* (id. consid.).

La mencionada mayoría del Tribunal estuvo compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Barra, Belluscio, Nazareno y Moliné O'Connor.

B) A su turno, por su voto lo hizo el juez Levene (h.), quien si bien arribó a idéntica solución que la mayoría, *se animó a postular que se oficiara al Poder Legislativo a fin de que contemplara la reforma de las escalas penales del aludido art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, con el objeto de evitar que su severidad pudiera derivar en condenas que excedieran las necesidades de política criminal.*

C) Por último, en disidencia conjunta se pronunciaron los jueces Fayt y Petracchi, quienes proponían hacer lugar a la queja y confirmar la sentencia apelada, en tanto las cuestiones propuestas eran sustancialmente análogas a las resueltas por la mayoría de la Corte en el indicado caso “Martínez, José Agustín s/ Robo calificado”. En otras palabras, mocionaban la confirmación de la sentencia del *a quo* y, consiguientemente, de la inconstitucionalidad de la norma opugnada.

D) Para finalizar y con cargo de retomar argumentalmente el tema más adelante, sólo adelantaremos aquí que no cabría intuir en el criterio de la mayoría una especie de principio general negatorio de la procedencia del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas, sino —y únicamente— la imposibilidad de hacerlo en el caso en cuestión y a causa del tipo de conflicto normativo que se presentaba ante el Tribunal: disposiciones de igual rango, lo que suponía que no estaba en juego la violación de la igualdad ante la ley u otro principio constitucional.

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

En breves palabras, los presentantes (Eulogio Frites y América Angélica Alemán 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 N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT⁶²⁹ (Convenio N° 169 de la OIT), que había sido aprobado por el Congreso argentino por medio de la Ley N° 24.071⁶³⁰.

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 1995⁶³¹. La mayoría del Tribunal (integrada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Levene [h.] y Bossert) declaró inadmisibile, en los términos del art. 280⁶³² del C.P.C.C.N., el recurso extraordinario cuya denegación motivara el recurso de hecho.

De tal criterio se separó el ministro 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 era definitiva. Por tanto, sostuvo que es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance del art. 75, inc. 22, de la C.N., es decir, con primacía sobre las leyes.

11. “D. de P. V., A. c/ O., C. H.”

A) En la sentencia recaída en tal caso⁶³³, de 1 de noviembre de 1999, la mayoría de la Corte se movió al compás de ciertas ráfagas anacrónicas, ya que —pese a algunas

629 A título informativo debe señalarse que recién más de ocho (8) años después de la aprobación de tal convenio por el Congreso nacional (20 de abril de 1992), el Poder Ejecutivo procedió a depositar en Ginebra el instrumento de ratificación internacional (el 3 de julio de 2000). La citada ratificación hizo que ese compromiso internacional entrara en vigor para Argentina en julio de 2001, o sea, doce (12) meses después del registro de aquella, conforme al art. 38, inc. 2°, del propio convenio.

630 B.O. de 20 de abril de 1992.

631 *Fallos*, 318:2513.

632 Norma que, en la porción que aquí interesa (parte *in fine* del párrafo 1°), 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.

633 *Fallos*, 322:2701.

notables disidencias⁶³⁴— se abstuvo de analizar el desfase del art. 259 del Código Civil⁶³⁵ (texto según la Ley N° 23.264⁶³⁶) *vis-à-vis* la reforma constitucional de 1994, que —como se sabe— adjudicó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales, en consecuencia, valen tanto como la propia Carta fundamental. Entre ellos, cabe apuntar a los efectos del presente supuesto, a la CADH, la CETFDCM y la CDN.

La cuestión bajo examen involucraba interesantes aspectos relacionados con la desvirtuación de una norma prerreforma constitucional, frente a la nueva textura jurídico-axiológica inoculada por la modificación producida en 1994; la *falta de adecuación de aquella por parte del legislador*; y, entre otros aspectos, el de la *posible corrección jurisdiccional* de semejante situación inconstitucional.

El *quid* del problema radicaba en la legitimación activa para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y la *exclusión normativa que padecía la madre del menor para plantearla*.

La CSJN no aprovechó una interesante ocasión para enmendar la situación discriminatoria provocada por la norma desfasada. Contaba con un abanico de opciones para hacerlo.

Una de ellas consistía en corregir *per se* el desenfoque del art. 259 del Código Civil frente a la innovación constitucional de 1994, dictando una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto y autorizando la participación en éste de la progenitora del menor. Paralelamente, podría haber exhortado al legislador (con o sin determinación de plazo) para que, ya con carácter general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o 'aggiornar' tal precepto* a la nueva textura jurídico-axiológica instilada por aquella reforma.

Mutatis mutandis, ROLLA precisa que diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales

634 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 los jueces Petracchi y Bossert y un voto disidente individual del ministro Vázquez.

635 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”.

636 B.O. de 23 de octubre de 1985.

incompatibles, recurriendo —sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona— a la noción de “inconstitucionalidad sobrevenida”⁶³⁷.

El citado autor reenvía a los ejemplos de: la *República Federal Alemana*, cuyo artículo 123 constitucional establecía que las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* permanecían en vigor siempre que no fueran incompatibles con la Ley fundamental; *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 sobrevenida 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 Constitucional⁶³⁸.

En un contexto de 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, el quebrantamiento de la *obligación legislativa* de salvar la carencia o el déficit de perfeccionamiento anunciados asume particular importancia jurídico-constitucional porque de tal inercia resulta una situación contraria a la Constitución, que obstaculiza la efectivización de derechos fundamentales conectados con eminentes valores que ésta prohija.

La estrechez normativa que en materia de legitimación activa ofrecía el precepto del Código Civil —al no acordársela a la progenitora para deducir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial—, resultaba inconstitucional (e inconvencional a la luz de los nuevos parámetros internacionales), por quebrantar disposiciones de la Norma superior (e.g., el art. 75, inc. 23⁶³⁹) y cláusulas expresas de ciertos compromisos convencionales con valencia constitucional (v. gr., el art. 16, inc. 1º, ap. ‘d’, de la CETFDCM y los arts. 2, inc. 1º; 3, inc. 1º; 4; 7, inc. 1º; 8; 12 de la CDN).

B) Para concluir, es conveniente recordar que recientemente se ha sancionado la Ley N° 26.994 (publicada el 8 de octubre de 2014), aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigor el 1 de enero de 2016 (aunque hay alguna iniciativa oficialista para adelantar la fecha de comienzo de vigencia del

637 ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Serie Ensayos Jurídicos, N° 7, IJ de la UNAM, México, D.F., 2002, p. 164.

638 *Ibid.*, pp. 164-165.

639 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”.

código). Fue impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional y redactado en su momento por la Comisión de Reformas presidida por el Dr. Ricardo L. LORENZETTI e integrada además por las Dras. Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI. El art. 590 del nuevo código (bajo el rótulo de “Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y Caducidad”), prevé lo siguiente:

“La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

“El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

“En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado”.

Pese a las múltiples modificaciones de las que fue objeto el proyecto original de código en el Congreso de la Nación⁶⁴⁰, la citada cláusula logró mantenerse con vida. Instrumenta una visión más amplia en materia de legitimación procesal activa y queda en línea con los requerimientos, principios y valores de la Carta magna y el derecho internacional de los derechos humanos.

12. “Felicetti, Roberto y otros”

A) Esta causa⁶⁴¹, resuelta el 21 de diciembre de 2000 y públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de ‘La Tablada’, se enmarca en un complejo cuadro jurídico-fáctico.

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— pretendía evitar un presunto golpe de Estado a manos de militares “carapintadas”. La acción duró 24 horas, lapso

640 El proyecto original puede verse en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

641 *Fallos*, 323:4130.

El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expidieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los jueces Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert.

en el que murieron veintiocho (28) incursores y once (11) integrantes de las fuerzas de seguridad.

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”⁶⁴² (N° 23.077), aunque ya regía en el país la CADH (aprobada por Ley N° 23.054), cuyo art. 8.2.º h) reconoce a todo condenado el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Tal situación provocó que la Comisión IDH emitiera dos recomendaciones: la primera, en el Informe 55/1997 (Caso 11.137, “Abella, Juan C.”) y, la segunda, en fecha 11 de diciembre de 2000, urgiendo la aplicación de la precitada norma de la Convención⁶⁴³.

En el año 2000, la Cámara Federal de San Martín concedió a los condenados el recurso de revisión (establecido en el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación —C.P.P.N.—) ante la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II), la que rechazó el recurso aduciendo que 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 inadmisibile, dando lugar, así, a la articulación del respectivo recurso directo ante la CSJN.

B) El Alto Tribunal, al influjo del voto mayoritario, *perdió una valiosa oportunidad para corregir una omisión inconstitucional (e inconvencional) del Congreso de la Nación o del Poder Ejecutivo*, además de desandar parte del provechoso camino abierto en “Girolodi, Horacio D. y otro”⁶⁴⁴, de 7 de abril de 1995.

642 B.O. de 27 de agosto de 1984.

643 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 arts. 2 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”.

644 Fallos, 318:514. Firmaron el decisorio los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano.

En tal pronunciamiento declaró la inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 459 del C.P.P.N., en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, en tanto ella no resultaba adecuada a la exigencia de doble instancia contenida en el art. 8.2.º h) de la CADH (consid. 10).

Además, dejó en claro que la Cámara Nacional de Casación Penal fue creada para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad —y aun de revisión— de las sentencias que dictaran

Es que por medio de una adecuada interpretación del art. 2 de la CADH y apelando a una de las *medidas de otro carácter* a que dicha norma alude (categorización en la que quedan incuestionablemente subsumidas las *sentencias judiciales*), bien pudo expedir una resolución que garantizara la existencia de un recurso jurisdiccional para dar operatividad al derecho que con algún matiz lingüístico diferencial prefiguran los arts. 8.2.‘h’ de la CADH y 14.5 del PIDCP (doble instancia), instrumentos —ambos— beneficiarios de valía constitucional.

Además y como se ha afirmado, *la vía judicial surgía como un camino posible para salvar la inconstitucionalidad por omisión*, en tanto correspondía 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 importaba exclusivamente un derecho para los magistrados, sino un deber institucional⁶⁴⁵.

En el concreto caso de autos, según se sostuvo, 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”⁶⁴⁶.

El voto mayoritario, respecto del que puede contabilizarse como elemento positivo 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— sumergido en las redes del formalismo dialéctico.

Se vio superado por las agudas disidencias individuales de los ministros Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert, mociones estas últimas que confluyeron en la declaración

—sobre los puntos que hacían a su competencia— tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional (consid. 9°).

Aclaró asimismo que el recurso extraordinario no constituía un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debía observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima para toda persona inculpada de delito (consid. 8°).

Por lo demás, afirmó que la expresión *en las condiciones de su vigencia* bajo la que adquiere jerarquía constitucional la CADH (cfr. art. 75, inc. 22, 2° párrafo, de la C.N.), 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 debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la Convención (cfr. arts. 75 de la C.N., 62 y 64 de la CADH y 2 de la Ley N° 23.054) —consids. 11 y 5°—.

645 SAGÜÉS, Néstor P., “Un caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2001-III, Buenos Aires, p. 1292.

646 Ídem.

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— había rechazado el recurso de revisión de las condenas impuestas por la Cámara Federal de San Martín a los actores, bajo el imperio del art. 87 de la Ley N° 23.077, que en la práctica vedaba la posibilidad de recurrir ante el precitado tribunal casatorio, tópico que aloja el núcleo del punto sometido a la elucidación de la Corte.

C) 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 subsumido en alguno de los supuestos del art. 479 del C.P.P.N., el juez Fayt en su disidencia subrayó que la interpretación que propiciaba tendía “a hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables *omisiones legislativas*”, lo que se inscribía 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”⁶⁴⁷.

En dirección afín, la divergencia del ministro Boggiano apuntó a dejar en evidencia que “al tiempo de las condenas asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, *derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*” (consid. 10). Añadió más adelante (consid. 18), que ante la *omisión del legislador en dictar la ley reglamentaria*, la pretensión de los condenados de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por medio del recurso reglado por el art. 479 del C.P.P.N. significó el ejercicio del derecho constitucional “de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior” (art. 8.2.‘h’ de la CADH), por lo que se imponía aplicar la doctrina del precedente de *Fallos*, 322:2488⁶⁴⁸ a fin de que la Cámara Nacional de Casación Penal subsanara el menoscabo al derecho a la doble instancia, pues de otro modo, se generaría una restricción de la libertad de defensa contraria a la comprensión que de este derecho debía hacerse a la luz de los arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N., y 8.2.‘h’ de la CADH.

647 Las referencias a la disidencia del ministro Fayt transcritas en el texto, constan en la parte final del consid. 5°.

648 Se trata del caso “Enrique Haroldo Gorriarán Merlo y otra”, de 19 de octubre de 1999, en el que la Corte entendió aplicable el estándar de “Giroldi”, que determinaba que la forma más adecuada para asegurar en la causa la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la CADH, era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la Ley N° 23.077, en cuanto vedaba la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo con el procedimiento regulado por dicha normativa. Votaron coincidentemente los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, Petracchi, López, Bossert y Vázquez.

D) Pese a las laudables discrepancias de los jueces Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert (de las que sólo hemos compendiado brevemente las de los dos primeros ya que aludieron directamente a las *omisiones legislativas inconstitucionales*), la mayoría de la Corte 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” —consid. 15—.

E) Sin perjuicio de que en las líneas previas hayamos centrado el análisis en los aspectos asociados a 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 su consid. 12 se sostiene la imposibilidad de que la Corte instaure una instancia 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 penal⁶⁴⁹.

13. “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo”

A) En esta causa⁶⁵⁰, resuelta el 12 de marzo de 2002, a través de una acción de amparo canalizada finalmente en jurisdicción originaria de la Corte, se sometió a su decisión una serie de cuestiones relevantes vinculadas primordialmente con la vigencia y la operatividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales, quedando al desnudo las percepciones diferentes de los jueces que en ese momento integraban el Tribunal.

La demandante se presentó por derecho propio y en representación de sus ocho (8) hijos menores y dedujo acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal, contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría ‘Profesor Juan P. Garrahan’. El juez federal se declaró incompetente y remitió los autos a la Corte Suprema, la que resolvió que la causa correspondía a su jurisdicción originaria.

649 *Vid.*, al respecto, ALBANESE, Susana, “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2001-I, Buenos Aires, p. 514.

650 *Fallos*, 325:396.

Básicamente, y entre otros puntos, la acción perseguía:

- Que el Ministerio y la Provincia mencionados respetaran los derechos que asistían a la demandante y sus hijos a: una alimentación sana, la salud, la educación y una vivienda digna. Y que, como consecuencia de ello, le suministraran “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente.
- Que los indicados codemandados proveyeran a sus seis (6) hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional.
- Que todos los accionados otorgaran a su hija M.S.R. las prestaciones médicas necesarias de acuerdo con su estado de salud y se removieran los condicionamientos que habían impedido, hasta el momento de articular la acción, la plena y efectiva concreción de su derecho.
- Y ya subsidiariamente, que se declarara la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida consistente en que se proveyera a sus seis (6) hijos en edad escolar de las condiciones materiales necesarias para concurrir a un establecimiento educacional, como también *la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento” hasta entonces de lo peticionado en la demanda*. Asimismo, pedían la declaración de constitucionalidad del derecho que les asistía a que se les suministrara una cuota alimentaria.

Basándose normativamente en la C.N. (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la DUDH, la DADDH, la CADH, el PIDESC, la CDN, la CVDT y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las Leyes N^{os}. 27⁶⁵¹, 48⁶⁵², 16.986 y del Código Civil, como fundamento fáctico de la promoción de la demanda, la actora sostuvo —entre otras apreciaciones—:

- Que habitaba una humilde vivienda —que le había sido prestada gratuitamente— junto con los niños, cuyas edades oscilaban entre nueve (9) meses y quince (15) años.
- Que había presentado sendas notas a la Provincia y al Ministerio demandados, indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho (8) hijos, de los cuales M.S.R. debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita,

651 Publicada en el R.N., 1857-1862, p. 496.

652 Publicada en el R.N., 1863-1869, p. 49.

añadiendo en tales notas que su hija enferma había sufrido desnutrición y en el pasado no había podido ser operada ya que al momento de tener un turno en el Hospital Garrahan la solicitante no había podido trasladarla por carecer de medios económicos ni tener dónde dejar a sus otros hijos, ya que vivía sin pareja ni familiares.

- Que se encontraban en un grado extremo de pobreza y a tal paupérrima condición económica se le sumaban sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos estaban inmersos en una pobreza estructural de la que no podían salir sin ayuda estatal. Agregó que la falta de formación le impedía insertarse laboralmente, lo que de seguro se repetiría con sus hijos, que ni siquiera podrían completar sus estudios y que, además, sufrían desnutrición por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas.

B) La Corte decidió mayoritariamente rechazar sin sustanciación la acción de amparo interpuesta. La distribución de los votos del Tribunal quedó configurada de la siguiente manera:

- La mayoría se integró con los ministros Moliné O'Connor, Belluscio y López.
- concurrentemente con la mayoría lo hicieron los jueces Petracchi y Bossert, en voto conjunto; y el ministro Vázquez, por medio de un voto individual.
- En disidencia, votaron los jueces Fayt y Boggiano.

Para intentar reconstruir el sentido en que se expidieron la mayoría y la minoría de la Corte, y a partir de una incisión transversal del decisorio, podría decirse que:

a) La mayoría optó por rechazar sin sustanciación la acción de amparo articulada, en tanto la pretensión no reunía los recaudos necesarios para la procedencia de dicha acción y la vía intentada resultaba “manifiestamente inadmisibles” (consids. 3° y 4°), indicando a la actora que era en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial donde debía acudir, en subsidio, para tratar de aliviar su aflictiva situación, canalizando sus apremiantes reclamos por las vías del sistema de seguridad social (consid. 6°).

Por último, señaló que el desamparo que exponía la actora, en el que fundaba su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no podía ser resuelto por la Corte, dado que no era de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no era a ella a la que la Constitución encomendaba la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32, de la C.N. (consid. 7°).

b) Por su parte y sin perjuicio de juzgar igualmente improcedente la vía procesal seleccionada (y mocionar el rechazo sin sustanciación de la demanda), los votos concurrentes (conjunto de los jueces Petracchi y Bossert —consid. 4º—, e individual del ministro Vázquez —consid. 4º—) coincidieron en señalar a la accionante un camino alternativo, al puntualizar que su situación encuadraba *prima facie* en las previsiones de la Ley N° 23.746⁶⁵³, reglamentada por el Decreto N° 2.360/90⁶⁵⁴, que instituyó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete (7) o más hijos, cualquiera fuese la edad y el estado civil.

c) Por último, la disidencia conjunta de los jueces Fayt y Boggiano se centró —a nuestro criterio, acertadamente— en que si bien la situación de la actora encuadraba *prima facie* en las previsiones de la Ley N° 23.746, reglamentada por el mencionado decreto, ello no era obstáculo para que se diera curso al amparo (consid. 4º).

Tales ministros añadieron que la existencia de ese remedio asistencial no podía ser considerada sin más y en la etapa liminar en que el proceso se encontraba, como suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que se fundaba el reclamo, cuestión que imponía dar curso a la demanda de amparo (consid. 5º).

Además y coincidiendo *ab initio* con la mayoría en cuanto a que la situación de desamparo que exponía la accionante revelaba un dramático cuadro social que no podía ser resuelto por la Corte, dado que no era de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, pasó a matizar tal coincidencia preliminar sosteniendo que una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no podía compartirse, por cuanto en el *sub lite* no se estaban requiriendo medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios darían satisfacción a sus derechos más primarios (consid. 6º)⁶⁵⁵.

Por tanto, juzgaron que si bien en el estado en que el proceso se encontraba no procedía que la Corte se pronunciara sobre los alcances que cabría reconocer en el caso al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los solicitantes y los

653 Publicada el 24 de octubre de 1989.

654 Publicado el 13 de noviembre de 1990.

655 Aquí los ministros Fayt y Boggiano intercalan una importante apreciación, al puntualizar que dar curso a la acción de amparo tendería a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (consid. 6º, *in fine*).

deberes que en su caso pesarían en ese sentido sobre los Estados nacional y provincial, tampoco podía sin más negarse su existencia u operatividad (consid. 7°).

C) A modo de síntesis, no podemos sino disentir de la solución mayoritaria, que dispuso rechazar sin sustanciación la acción de amparo instaurada.

Sin perjuicio de ello, de tal posición —a la postre triunfante— cabe al menos rescatar los votos concurrentes (conjunto de los jueces Petracchi y Bossert e individual del ministro Vázquez), que, poniendo de manifiesto una actitud judicial docente y orientadora, marcaron a la actora una suerte de camino alternativo, al indicarle que *prima facie* su situación podría quedar encuadrada en la hipótesis que prefigura la Ley N° 23.746, reglamentada por el Decreto N° 2.360/90, que implementó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete (7) o más hijos, cualquiera fuese su edad y estado civil. Obviamente, no se trataba de una solución de fondo para el problema, pero sí, al menos, un paliativo para la acuciante situación expuesta por la peticionante y su familia.

Finalmente, acordamos con el criterio subyacente en la disidencia de los ministros Fayt y Boggiano, pues al tiempo de mostrarle a la interesada la posibilidad de solicitar la prestación diseñada por la mencionada Ley N° 23.746, dejó en claro que la existencia de tal remedio asistencial no podía ser considerada en la etapa liminar del proceso como suficiente para satisfacer los derechos constitucionales invocados por aquella, postulando la adopción de una especie de solución transaccional que ni supusiera que en dicho estado inicial del proceso la Corte se pronunciara sobre los alcances que en el caso cabría adjudicar a los derechos alegados, pero que tampoco negara sin más a estos su existencia u operatividad.

III. Ciertas líneas salientes de los fallos reseñados

Hemos dividido en tres segmentos la apretada síntesis que a continuación ofreceremos en torno a ciertos aspectos emergentes de las sentencias examinadas. Esas facetas están directa o indirectamente relacionadas con la inconstitucionalidad por omisión y enmarcadas en los fallos en los cuales se denegó la función correctiva de las respectivas pretericiones atribuidas al legislador y/o al Poder Ejecutivo.

1. Omisiones legislativas en general

A) En “Loveira”, “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario ‘La Fronda’ s/ Desacato” y “Tribuna Demócrata”, entre otros precedentes, la CSJN sostuvo que los artículos de la

C.N. referidos al “juicio por jurados” no imponían al Congreso de la Nación el deber de proceder inmediatamente al establecimiento de aquel instituto, dando a entender que *su falta de positivación no entrañaba una omisión legislativa inconstitucional*.

B) De “Buosi”, más allá de la solución final adoptada en punto a la improcedencia en el caso del remedio excepcional constituido por la demanda de amparo, rescatamos algunas interesantes puntualizaciones plasmadas en el voto concurrente del ministro Boffi Boggero.

En efecto, señaló que cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun, en situaciones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto; *pero si éstas 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*. Admitir esta solución, añadió, 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; y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica: la constitucional*.

C) En “Costa”, “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian c/ Neustadt”, la CSJN dejó en claro que, *pese a estar contenido en el art. 14.1 de la CADH, no consideraba que el derecho de réplica, rectificación o respuesta integrara el orden jurídico-positivo interno argentino*, además de juzgar improcedente que quedara 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*.

D) En “Pupelis” el Alto Tribunal advirtió que, aun cuando se admitiera el criterio consistente en que el legislador habría *omitido* dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no era posible que la Corte interviniera toda vez que en tales casos no se trataba de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino de un conflicto de normas de igual rango respecto del cual le estaba vedado inmiscuirse, bajo *riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante*. Señaló además que *la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos*.

E) “Felicetti” muestra cómo se dejó pasar una interesante ocasión para salvar una *omisión inconstitucional o inconvencional* (legislativa y/o del Ejecutivo) y garantizar, así, un canal jurisdiccional para dar operatividad a la garantía de la doble instancia en materia penal, consagrada en los arts. 8.2.‘h’ de la CADH y 14.5 del PIDCP.

Aunque volveremos sobre la cuestión, vale desde ahora reivindicar sendas disidencias plasmadas por los ministros Fayt y Boggiano, en las que subyacía claramente la idea de la existencia de una violación a derechos enraizada en una *omisión legislativa*.

Para ser rigurosos y más precisos en nuestra apreciación, aclaramos que el primero hablaba de *hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables omisiones legislativas*; y el segundo indicaba que al tiempo de las condenas *asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*.

2. Omisión legislativa en adaptar la normativa legal al nuevo escenario constitucional

A) En “D. de P. V., A.”, la Corte se abstuvo de corregir *per se* el desfase del art. 259 del Código Civil frente a la innovación constitucional de 1994, renunciando a dictar una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto. Paralelamente, prescindió de exhortar al legislador (con o sin fijación de plazo) para que, con carácter general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o ‘aggiornar’ tal precepto en función de la nueva matriz jurídico-axiológica insuflada por aquella reforma*.

3. Omisiones adjudicadas al Poder Ejecutivo

A) En “Frites” denegó la petición, que en el fondo acusaba una *omisión inconstitucional*, para que se fijara al *Poder Ejecutivo Nacional* un plazo a los efectos de que remitiera los documentos de depósito de ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, que había sido aprobado por el Congreso de la Nación mediante la Ley N° 24.071.

B) En “Ruiz” se alertaba sobre la *omisión* del Poder Ejecutivo Nacional de cumplir el mandato de la Ley N° 14.473 en relación con la fijación anual de los valores monetarios de los índices de remuneración docente, preterición que los demandantes consideraban un acto lesivo susceptible del remedio excepcional del amparo. Entre otros argumentos, el Tribunal descartó la pretensión fundándose en que el contenido de una causa de inconstitucionalidad no podía ser la sola declaración de ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes, sino que también, se requería que como consecuencia de ella se llegase a dictar una sentencia de condena, además de que el *control de constitucionalidad no autorizaba a la Corte a sustituir en su función a los otros poderes del Gobierno*.

C) Para finalizar este capítulo vemos que en “Ramos”, la CSJN desestimó sin sustanciación el amparo deducido por una madre, por derecho propio y en representación de sus ocho (8) hijos menores, marcando entre otros puntos *la inconstitucionalidad por omisión* en el cumplimiento de una serie de peticiones que formulaba y que envolvían derechos fundamentales.

El Tribunal señaló que era *en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial* donde la peticionante debía acudir, en subsidio, para tratar de remediar su aflictiva situación, pues no era de competencia de la Corte *valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles.*

CAPÍTULO

II

JURISPRUDENCIA ADMISORIA

I. Preliminar

Corresponde aclarar que si bien en el rótulo de este capítulo se utiliza la expresión “jurisprudencia admisorio”, el alcance de la adjetivación que contiene debe matizarse porque los casos que se examinarán a continuación si bien en el fondo y con mayor o menor nivel de contundencia o de verbalización propician la corrección de ciertas pretericiones anticonstitucionales (algunos muy tenuemente), la Corte Suprema no exhibe en su doctrina judicial un modelo sistematizado y consolidado del instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Pasemos sin más preludeos al examen de algunos precedentes de interés.

II. Nómina de fallos

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

A) “Siri, Ángel”

a) El actor se presentó en primera instancia (Juzgado en lo Penal N° 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 arts. 14, 17 y 18 de la C.N. y 9, 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 Partido 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 hábeas corpus”, el que sólo protege la libertad física o corporal de las personas⁶⁵⁶ (art. 33 de la C.N.).

656 Naturalmente, ese concepto restringido del ámbito de operatividad del hábeas corpus quedó superado por el despliegue posterior de la propia jurisprudencia, además del dictado de la Ley N° 23.098 (B.O.

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, como adelantábamos la Corte —por mayoría⁶⁵⁷— se expidió el 27 de diciembre de 1957, 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 había mencionado que articulaba un recurso de hábeas corpus, por lo que resultaba erróneo el único fundamento de la sentencia denegatoria. Asimismo, la Corte advirtió que el peticionante había invocado 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 justificara, circunstancia que bastaba para que dicha garantía constitucional fuera restablecida.

Agregó (tal como adelantáramos) 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

de 25 de octubre de 1984) y de la reforma constitucional de 1994, que incluyó explícitamente el proceso de hábeas corpus adjudicándole un amplio radio de acción en el art. 43, 4º párrafo.

657 Como se dijo, la mayoría estuvo compuesta por los ministros Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso.

Por su parte, el juez 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 que provenía de la ley, agregando que si todavía 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.

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 Nación⁶⁵⁸.

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).

c) Con aguda elocuencia, finalizó 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*”.

De tal modo quedaba *creado pretorianamente el amparo contra actos de autoridad pública, luego de que la Corte —durante muchos años— negara la existencia del mismo porque el legislador no había instituido tal tipología de procesos*.

B) “S.R.L. 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 sobreescribió definitivamente en la causa y rechazó 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 septiembre de 1958.

El mismo día de la sentencia de la Cámara, pero antes de su emisión, 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 arts. 14 (“libertad de trabajo”), 17 (“propiedad”) y 19 (“libre actividad”) de la C.N. La Cámara desechó el planteo fundándose en que “el recurso de hábeas 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 debían ejercitarse de acuerdo con los respectivos ordenamientos creados por las leyes de la materia.

658 GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, *Obras Completas*, Vol. III, N^{os} 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado concretamente en *Fallos*, 239:463.

b) En contra de tal resolutorio, el interesado articuló recurso extraordinario, que —como se adelantara— fue dirimido estimatoriamente por la mayoría⁶⁵⁹ de la Corte Federal, el 5 de septiembre de 1958.

En primer lugar, el Tribunal juzgó pertinente apartar el fundamento expresado por el *a quo* para desechar la pretensión del interesado, ya que éste “no dedujo recurso de hábeas 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 hábeas 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 ese 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 existía una garantía tácita o implícita que protegía los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 de la C.N.)—, ninguna reserva correspondía establecer para excluir en absoluto y *a priori* toda restricción emanada de personas privadas.

Gráficamente, sostuvo que nada había en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permitiera afirmar que la protección de los derechos humanos estuviera circunscrita a los ataques que provinieran sólo de la autoridad; y nada había, tampoco, que autorizara afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integraban la libertad, *lato sensu*, careciera de adecuada protección constitucional, que es la del hábeas 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 hábeas corpus, cabía reconocer en el amparo, que en “Siri” había sido extraído de la sabia norma del artículo 33 constitucional. 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 era la que mejor consultaba los grandes objetivos de la Ley suprema y las genuinas finalidades de dichas garantías.

Asimismo y a nuestro juicio apodícticamente, reenvió —para apoyar sus conclusiones— al art. 8 de la “Declaración Universal de Derechos del Hombre” [sic],

659 Como se expusiera, la mayoría quedó compuesta por los ministros Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela.

En minoría, sufragaron los jueces 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”.

aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en cuanto al derecho que asistía 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.

c) 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 art. 33 como derecho o garantía no enumerado.

2. Los fallos en “Pérez de Smith”⁶⁶⁰

Aunque eludamos momentáneamente la línea cronológica, analizaremos los dos fallos referidos a esta causa por cuanto giran en torno a un núcleo común.

A) “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Efectiva privación de justicia”

a) Varios presentantes y letrados denunciaron ante la Corte la desaparición de más de cuatrocientas (400) personas respecto de las cuales se habrían iniciado acciones de hábeas corpus, habiendo contestado las autoridades que aquellas no se encontraban registradas como detenidas, por lo que los peticionantes solicitaron distintas medidas y decisiones.

b) El Tribunal, en resolutorio de 18 de abril de 1977⁶⁶¹, se dedicó 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. Ello “sin perjuicio de adoptar las decisiones que correspondan si la cuestión llega a sus estrados por cualquier vía capaz de abrir su competencia” (consid. 5°).

660 En el texto principal se reseñarán brevemente los pronunciamientos de 18 de abril de 1977 y de 21 de diciembre de 1978. Aunque no fueron los únicos.

Además, cabe citar por ejemplo a: *i*) “Pérez de Smith, Ana M. y otros”, de 20 de julio de 1978 (*Fallos*, 300:832), en el que la CSJN dijo que, una vez agotado el procedimiento especial de hábeas corpus, el remedio a las situaciones de hecho referidas a personas desaparecidas no podía intentarse directamente ante ella por cuanto el planteo efectuado escapaba a lo acordado en los (entonces) arts. 100 y 101 de la C.N. y 2 del Decreto-Ley N° 1.285/58 (el fallo fue firmado por los ministros Gabrielli, Rossi, Frías, Daireaux y Guastavino); y *ii*) “Pérez de Smith, Ana M.”, de 26 de diciembre de 1980 (*Fallos*, 302:1680), ocasión en la que la Corte respondió de análoga manera a como lo hiciera en el precedente anterior (votaron coincidentemente los jueces Gabrielli, Rossi y Guastavino; mientras que en voto concurrente lo hizo el ministro Black).

661 *Fallos*, 297:338.

Votaron coincidentemente los ministros Heredia, Gabrielli, Caride, Rossi, Frías y Guastavino.

No obstante lo anterior, estimó que si —tal como denunciaban los presentantes— fuesen numerosos los “recursos de hábeas corpus” en los que las autoridades hubieran 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 estaba remediar dicha situación (consid. 6°).

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’⁶⁶² (lo que calificaba su “deber”) para la salvaguarda de la eficacia de la función judicial, principalmente cuando se refería 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*” (id. consid.).

B) “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Pedido”

a) En causa sustancialmente idéntica a la anterior y que ya fuera identificada, el Tribunal reiteró (en fecha 21 de diciembre de 1978) el óbice legal que le impedía entrar al conocimiento de las situaciones particulares que se le proponían en la presentación directa, es decir, su incompetencia (consid. 1°).

Evocó, asimismo, que no obstante ésta, 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 (consid. 2°).

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

662 Un ministro de la Corte argentina, también académico, en ejercicio de su labor doctrinaria 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 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 (cfr. FAYT, Carlos S., *Nuevas fronteras del Derecho Constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 189).

que resultaba que los magistrados actuantes se vieron obligados a rechazar los “recursos de hábeas corpus” en razón de que las autoridades pertinentes habían informado, sin más, que las personas en cuyo favor se interpusieron aquellos 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*” (consid. 3°).

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 estaban en juego derechos fundamentales de las personas que merecían garantías inviolables (consid. 4°). 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*” (id. consid.).

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 (consid. 5°) y recordó que los otros “*poderes del Gobierno de la Nación*” *se encontraban igualmente vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución*, razón por la cual debían brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que pudieran hacer efectivos los derechos y garantías instituidos constitucionalmente (consid. 6°).

b) 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* (consid. 7°).

3. “Zamorano, Carlos Mariano”

A) 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 hábeas corpus interpuesta a favor del Sr. Zamorano.

El impugnante cuestionaba la jurisdicción de la Cámara al entender que el juez competente era el del lugar donde se encontraba la persona a cuyo favor se intentaba el hábeas corpus al momento de su interposición. Además y ya en cuanto al fondo de la cuestión, esgrimía que la declaración de estado de sitio constituía un acto político no justiciable, por lo que la Cámara —al interpretar el art. 23 de la C.N.— limitaba las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo.

B) La Corte, cuyo fallo fue pronunciado el 9 de agosto de 1977⁶⁶³, si bien admitió que conforme su doctrina judicial la declaración de estado de sitio por las causales del art. 23 de la C.N., en tanto cuestión política no era susceptible de revisión por los jueces, sí estaba 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” (consid. 5°).

Por su parte y reenviando a “Pérez de Smith” (de 18 de abril de 1977 —ver *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 C.N., 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*” (consid. 7°).

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 realizado⁶⁶⁴, correspondía se informara sobre dichos requerimientos (consid. 8°), para lo cual *ordenó oficiar al Presidente de la Nación a fin de que impartiera las órdenes necesarias para que se informara “con urgencia” a la Corte acerca de aquellos.*

663 Fallos, 298:441.

Votaron de modo coincidente los ministros Heredia, Gabrielli, Rossi y Frías.

664 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 Ejecutivo. Tampoco lo eran para que el Tribunal pudiera ejercer el control de razonabilidad que debía determinar, por lo menos, la pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio (consid. 6°).

4. “Saguir y Dib, Claudia Graciela”

A) En esta causa (que ya fue debidamente identificada *supra*), 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 su representación, para que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano, Juan Isaac.

B) Contra dicha resolución, los peticionantes articularon recurso extraordinario, que fue admitido por la Corte, el 6 de noviembre de 1980, 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 por 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 art. 13 de la Ley N° 21.541⁶⁶⁵ determinaba las condiciones que había 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 (consid. 2° de la mayoría).

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” (consid. 6°, *Ibid.*).

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

665 B.O. de 18 de marzo de 1977.

Dicha norma, junto con sus modificatorias N°s 23.464 y 23.885, fue derogada por la Ley N° 24.193 (B.O. de 26 de abril de 1993).

de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto (consid. 7º, *Ibid.*).

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 (consid. 10, *Ibid.*).

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 (consid. 9º, *Ibid.*), juzgando que el último de los nombrados resultaba “relativamente secundario con respecto al primero” (consid. 8º, *Ibid.*). Por lo demás, también sustentó axiológicamente su decisión en el art. 14 bis de la C.N., en cuanto a la garantía de “la protección integral de la familia” (consid. 11, *Ibid.*).

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 la jerarquía en que son valorados por el todo normativo (consid. 12, *Ibid.*). En otras palabras, *a través de una interpretación dinámica y evolutiva de la preceptiva, salvó una suerte de omisión en que ésta habría incurrido.*

C) 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. En paralelo, el fallo aparece como el resultado de una meritoria tarea de ponderación judicial, que ostenta —como con claridad recuerda PRIETO SANCHÍS— un innegable carácter valorativo y supone un cierto margen de discrecionalidad, ejercicio de valoraciones que se patentiza, sobre todo, “cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste beneficio’ resulta casi inevitable”⁶⁶⁶.

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 escogida por el Tribunal, como clara señal de la posibilidad (y hasta el deber judicial) de escapar del corsé de la letra de la ley y del rigorismo formal, en orden a asegurar el cumplimiento de la específica

666 PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº I, p. 170.

y autoproclamada misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales.

5. “Bonorino Perú” y otros fallos

A) Otra de las muestras del criterio de la Corte, que resulta digna de mención, es la enmarcada en el conjunto de casos⁶⁶⁷ relativos a la *omisión de la obligación contenida en la C.N. (ex art. 96) en cuanto a mantener la “intangibilidad” de las remuneraciones de los magistrados judiciales.*

Para emplazarnos en el tema, recordamos que aquel art. 96 (que sólo mudó de numeración mas no de contenido, convirtiéndose en el actual art. 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*”.

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

B) De ellas, sólo tomaremos la que abre el ciclo “controlador de la inconstitucionalidad omisiva incurrida”: “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁶⁶⁸, fallado el 15 de noviembre de 1985⁶⁶⁹.

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

668 *Fallos*, 307:2174.

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”, de 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 conjueces 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 había incitado su intervención—, para pasar a la superior (*Fallos*, 307:966); **b)** por su parte, en “Bonorino Perú, Abel”, de 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 la “situación de penuria” del Fisco— (*Fallos*, 307:2340); **c)** en “Bonorino Perú, Abel”, de 4 de abril de 1986, hizo lugar a la impugnación de la ejecutada en relación con el período de liquidación de la deuda en favor de los magistrados actores y, paralelamente, desechó el pedido de aquella respecto del método actualizatorio implementado en el proyecto de liquidación (*Fallos*, 308:466); y **d)** por último, en “Bonorino Perú, Abel”, de 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 concretara un nuevo reajuste de sus deterioradas remuneraciones (*Fallos*, 311:268).

669 En tal ocasión la Corte estuvo integrada por los siguientes conjueces: 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”⁶⁷⁰, con lo que se violaba lo prescrito por el entonces art. 96 de la C.N.

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 algunas pautas de interés.

En la ocasión el Tribunal sostuvo que:

“[L]a 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 art. 45⁶⁷¹ [hoy art. 53] de la Constitución” (parte *in fine* del consid. 3°).

Por su parte, añadió:

“Que no resulta ocioso destacar, asimismo, que la igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obliga 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 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 consid. 7°).

En el último párrafo del consid. 7°, agregó que la intangibilidad de las remuneraciones que el entonces art. 96 de la C.N. consagraba estaba comprendida

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

671 El ex art. 45 de la Constitución nacional, rezaba: “Sólo ella [en referencia 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 art. 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; mientras que la nueva norma incorpora como probable personaje “sujeto a juicio político”, al jefe de gabinete de ministros (figura impuesta por conducto de la reforma de 1994).

entre las condiciones de administración de justicia exigibles a las provincias a los fines contemplados en el art. 5 de la Ley fundamental⁶⁷².

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 art. 14 bis⁶⁷³ y del art. 96 [hoy, art. 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” (consid. 16, segundo párrafo).

C) De lo expuesto surge que en los casos individualizados *supra* (comenzando por “Bonorino Perú”), 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 intangibilidad impuesta por el art. 96 de la Constitución”*⁶⁷⁴; dando operatividad a la mencionada garantía.

En síntesis, reiteramos que: *i)* frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, *ejerció control de constitucionalidad*; *ii)* hizo operativa aquella garantía de preservar la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados”; y *iii)* 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.

672 El artículo 5 constitucional determina: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

673 Tal norma fue incorporada al plexo de la Constitución, por la Convención Constituyente de 1957, pretendiendo inocular algún dejo de constitucionalismo social a la trama liberal decimonónica del texto primigenio, del que en 1956 se había arrancado el sesgo social de la reforma de 1949.

674 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, p. 100.

6. “Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Nación Argentina”

A) La Sala Primera 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.

B) Contra dicho pronunciamiento tanto la actora como la demandada interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación ante la CSJN, la que se pronunció el 10 de diciembre de 1987⁶⁷⁵.

El fallo (con la firma de los ministros 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 consid. 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 N° 18.575⁶⁷⁶).

C) Juzgamos que lo resuelto por la Corte, en particular con relación a la consideración de dicha ley, ostenta relevancia en punto al objeto de esta investigación.

En efecto, sostuvo que tal ley (que establecía previsiones tendientes a promover el desarrollo y la integración de las zonas y áreas de frontera), después de enumerar en su art. 2 los objetivos generales a alcanzar en la zona de frontera, previó en su art. 6 que las medidas promocionales para la zona y, en especial, para las áreas de frontera, deberían proporcionar (cfr. el inc. ‘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 N° 468/70, aclarando la Corte que a tal punto también se refirieron los Decretos N°s. 362/76 y 2.336/78, además de que, en su momento, el Decreto N° 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. consid. 12 de la sentencia).

Al respecto, el *a quo* había entendido que ningún derecho cabía reconocer a la demandante con base en el art. 6, inc. ‘d’, de la Ley N° 18.575. Una de las razones

675 Fallos, 310:2653.

676 B.O. de 3 de febrero de 1970.

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 ello, 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*” (id. consid.).

En su mérito, el Tribunal razonó que la actora había participado 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 establecía “pudo, tal vez, dilatarse un tiempo, pero no quedar en letra muerta, porque así se desajustaron los cálculos que razonablemente debió hacer la actora” (id. consid.).

Todo 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.

7. “Bruno, Raúl Osvaldo”

A) El actor, juez de primera instancia de la Provincia de Río Negro, promovió una demanda de amparo en la que, alegando que su remuneración como magistrado había sufrido un sensible deterioro, solicitó que se garantizara su “valor constante”, al tiempo de peticionar 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 art. 130 de la Constitución Provincial, el Poder Judicial no podía “legislar” en su remplazo.

B) Contra el aludido pronunciamiento, el accionante interpuso recurso extraordinario federal. Entonces la CSJN, por mayoría, hizo lugar al recurso (el 12

de abril de 1988)⁶⁷⁷, 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 en el decisorio del Alto Tribunal.

a) El voto mayoritario (suscrito por los ministros Belluscio, Fayt y Petracchi), se fundó en las pautas que presentaremos 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 (consid. 9°).

Por tanto, dicha labor del órgano judicial no implicaba un indebido apoderamiento de atribuciones reservadas al Legislativo, lo que ocurriría si se hubiese pretendido que aquel 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 (consid. 10), lo que no conduciría a que la Justicia “legisle” (consid. 11).

Es interesante destacar que el voto mayoritario también dijo que no podía presumirse que cláusula alguna de la Constitución estuviera pensada para no tener efecto y, por lo tanto, la interpretación contraria era inadmisiblesalvo que el texto de la Constitución así lo indicara —*Marbury vs. Madison*— (consid. 13).

Entendió, asimismo, que no había duda de que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces era garantía de la independencia del Poder Judicial (*Fallos*, 176:73); y menos la había en cuanto a que tal independencia era un requisito indispensable del régimen republicano (*Fallos*, 247:495) —consid. 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 afirmar 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 “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Estado nacional s/ Amparo” (de 15 de noviembre de 1985 —*vid. 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 art. 5 de la C.N. quedaba suficientemente cumplida (id. consid.).

677 *Fallos*, 311:460.

b) Por su parte, el voto disidente del ministro J. Severo Caballero planteaba la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la crítica referida a la exégesis del art. 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 (consid. 6°).

Ya en referencia a lo resuelto por la Corte Federal en “Bonorino Peró” (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 (consid. 8°).

c) En modo más explícito aún, el ministro 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 art. 96 de la C.N.*), que el Tribunal hiciera suyos los términos de la sentencia recaída en “Bonorino Peró”, lo que —a su juicio— por sí solo bastaba para desechar los fundamentos del *a quo* (consid. 5°).

C) 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*”, aserción que deviene útil para 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 conjueces sentaron en la reseñada causa “Bonorino Peró”*.

8. “Ekmekdjian c/ Sofovich y otros”

A) Generalmente cuando se hace referencia a esta causa, se habla de un cambio sustancial, un punto de inflexión, un vuelco trascendente en la trayectoria jurisdiccional de la Corte⁶⁷⁸.

678 Es justo recordar que, para esta ocasión, la Corte ya había mudado parcialmente su integración en relación con la que tuvo a su cargo la decisión de los anteriores casos reseñados en conexión con el

Y verdaderamente así ha sido, y no sólo respecto de la concepción del derecho de réplica, su inserción en el derecho positivo nacional y la problemática de la corrección de las omisiones inconstitucionales (y anticonvencionales) por medio de las sentencias judiciales.

B) Veamos algunos de los aspectos relevantes de este paradigmático pronunciamiento.

a) En cuanto a la plataforma fáctica, cabe recordar que el actor interpuso demanda contra el Sr. 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 Sr. Dalmiro Sáenz, quien a juicio del demandante había proferido frases agraviantes en relación con Jesucristo y la Virgen María (en la audición de 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 al Dr. Ekmekdjian a plantear recurso extraordinario. La denegación de tal remedio, motivó la queja de su parte.

b) El fallo —que acogió estimatoriamente la pretensa del actor— fue dictado el 7 de julio de 1992⁶⁷⁹. En sucinta referencia, reseñamos algunos de sus tramos según la visión plasmada por la mayoría.

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 consid. 13).

Además, dejó en claro que “en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 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 art. 31 C.N.” (consid. 15, primera parte).

Asimismo, puso de relieve que “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado

derecho de réplica: “Costa”, “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian c/ Neustadt”; habiéndose dispuesto el aumento del número de sus miembros, que trepó de cinco (5) a nueve (9).

679 *Fallos*, 315:1492.

La mayoría del Tribunal se integró con los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; en disidencia conjunta se pronunciaron los jueces Petracchi y Moliné O’Connor; mientras que en sendos votos disidentes lo hicieron los ministros Levene (h.) y Belluscio.

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 art. 27” (primera parte del consid. 19).

Por su parte, agregó que “las palabras ‘en las condiciones que establezca la ley’ [contenidas en el art. 14.1 de la Convención, en referencia al derecho de rectificación o respuesta] se refieren 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*”. Y puntualizó a continuación que “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 ejercerá en el caso concreto” (consid. 22, *in fine*).

Más adelante, precisó que “la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniarias ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías” (consid. 28), y que “no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el art. 114 C.P. —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” (consid. 30, primera parte).

Por último y para concluir esta reseña, vemos que se encargó de afirmar que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta⁶⁸⁰, resultaba adecuada frente a la naturaleza del derecho que buscaba ser protegido judicialmente. En tal sentido, evocó lo reiterado en numerosos decisorios en relación con 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” (consid. 31).

C) Quizás sea sobreabundante reiterar el giro en el timón jurisprudencial y la ostensible modificación del criterio de la Corte, evidenciados en este fallo.

El Tribunal confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH 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*” (art. 14.1, *Ibid.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos,

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

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

Es decir, que el compromiso del orden jurídico interno con la Convención 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.

A *fortiori*, entendemos que el Poder Judicial podría “fijar las características” 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 una solución *ad hoc* para el caso concreto y con efectos *inter partes*.

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 tenía al menos jerarquía supralegal (hoy, constitucional), su incumplimiento —enancado en la abstención legislativa— *podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo*.

En ese sentido, el fallo sostiene: “*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*” (consid. 16 de la mayoría).

Así, la segunda de las hipótesis (“*omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento*”) *provocaría la agresión constitucional por omisión y haría viable la fiscalización jurisdiccional a su respecto*⁶⁸¹.

Sea como fuera y más allá de la polémica 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 *pretericiones inconstitucionales*, pudiendo incluso el fallo visualizarse como embrionaria muestra de la subsanación de una *omisión inconvencional*.

9. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional s/ Amparo Ley 16.986”

A) En la presente causa⁶⁸², resuelta el 1 de junio de 2000, las instancias de grado hicieron lugar a la acción de amparo articulada por la Asociación Benghalensis y otras

681 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T° I, nueva ed. ampl. y actualiz., Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 160.

682 *Fallos*, 323:1339.

entidades no gubernamentales⁶⁸³ que desplegaban 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 modos regular, oportuno y continuo, a las personas enfermas de esa dolencia registradas en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

B) Contra tal decisorio el demandado interpuso recurso extraordinario que fue 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) y admitido de manera formal por la Corte aun cuando ésta se pronunció por la confirmatoria de la sentencia resistida.

C) El detalle de la votación respectiva en el seno del Máximo Tribunal, fue el siguiente:

- Los ministros 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.
- Los jueces Moliné O'Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante).
- El ministro Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente).
- Y por último, los jueces Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resultaba inadmisibles de acuerdo con lo establecido en el art. 280 del C.P.C.C.N.

D) Interesa 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 la matriz jurídica a la que el voto mayoritario remitió expresamente para nutrirse y conformar la posición cuantitativamente prevaleciente del decisorio:

- 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

683 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.

que existía un perjuicio concreto, actual e inminente por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos y especialmente 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 estaba consagrado en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párrafo 2° de la C.N.), citando —de ellos— los siguientes preceptos: art. 12, inc. 'c', del PIDESC; arts. 4, inc. 1°, y 5, inc. 1°, de la CADH; y art. 6, inc. 1°, del PIDCP.
- A continuación, puso de relieve que el Estado no sólo debía abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, tenía el deber de realizar prestaciones positivas para que el ejercicio de aquellos no se tornase ilusorio. En tal marco, entendió que fue dictada la mencionada Ley N° 23.798⁶⁸⁴ —de Lucha contra el SIDA—, de cuyos principios liminares extrajo que pesaba sobre el Estado nacional la obligación de proporcionar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, siendo responsable de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que ante él cupiera a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas (obras sociales o sistemas de medicina prepaga).

E) Por lo demás y en cuanto a lo que aquí interesa destacar primordialmente, 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 N° 23.798 y su Decreto Reglamentario N° 1.244/91⁶⁸⁵; se efectuó una interpretación amplia de la legitimación activa; se evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en una materia tan importante como la 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.

10. “Campodónico de Beviacqua”

A) En “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”⁶⁸⁶, las

684 B.O. de 20 de septiembre de 1990.

685 B.O. de 8 de julio de 1991.

686 *Fallos*, 323:3229.

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 reducía sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento dependía 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 aquel ministerio— manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación “por última vez”, circunstancia que los movió a articular la aludida acción.

B) Contra la sentencia de la alzada (Sala B, Secretaría Civil N° II, de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba), la vencida interpuso el recurso extraordinario, cuya denegatoria motivara su queja, sustentando su principal agravio en que el fallo resistido había 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, entendía que se ponían 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.

C) 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 los ministros: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. Por su parte, el juez Bossert no integró el acuerdo y el ministro Belluscio votó en disidencia, mocionando la desestimación de la presentación directa por resultar inadmisibile en los términos del art. 280 del C.P.C.C.N.

D) A continuación, sólo reseñaremos brevemente algunas de las importantes consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, reiteró la impostergable obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud —el que entendía comprendido dentro del derecho a la vida— con *acciones positivas*, sin perjuicio de los deberes que en tal sentido debían asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (consid. 16).

Pasó a reseñar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párrafo 2°, de la C.N.) que contienen normas específicas que protegen la vida y la salud de los niños, entre los que incluyó a los arts. VII de la DADDH; 25, inc. 2°, de la DUDH; 4, inc. 1°, y 19, de la CADH; 24, inc. 1°, del PIDCP; y 10, inc. 3°, del PIDESC (consid. 17).

Respecto de este último instrumento internacional, evocó su art. 12 sobre 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 (consid. 18).

Vinculó tales afirmaciones con lo dispuesto en el art. 2, inc. 1º, *Ibid.*, en el sentido de que los Estados Parte se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en él reconocidos (consid. 19).

Luego, y para justificar la responsabilidad del Estado nacional respecto de la cuestión que se ventilaba en naciones de estructura federal como la argentina, remitió a algunas observaciones del Comité de DESC de la ONU (consid. 19) y también a la ‘cláusula federal’ prevista por la CADH (art. 28, incs. 1º y 2º), lo que conectó con la obligación estatal normada en la CDN (arts. 23, 24 y 26) —consid. 20—.

De tal cuadro normativo desprendió que el Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en orden a promover y facilitar las prestaciones de salud requeridas por la minoridad, *deberes de los que no podía desligarse válidamente so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas*, sobre todo por cuanto ellas participaban de un mismo sistema sanitario y lo que se encontraba en juego era el interés superior del niño, pauta que debía ser protegida prioritariamente por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 de la CDN) —consid. 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 N° 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (ver la Ley N° 24.901⁶⁸⁷), el énfasis puesto por los tratados internacionales en preservar la vida de los niños hacía que el Estado nacional⁶⁸⁸ no pudiera desentenderse “de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud

687 B.O. de 5 de diciembre de 1997.

Tal normativa encomendó al Estado nacional y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud dispuestas en ella a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (arts. 1, 2, 3 y 4).

688 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 —ver, v. gr., consid. 34 del fallo de la Corte—.

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 aplicación”⁶⁸⁹ (consid. 33).

E) Creemos que la sentencia reviste gran trascendencia, pues el Máximo Tribunal efectuó un adecuado razonamiento vinculando sustanciales cuestiones como las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de DESC; y la ineludible 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 que padecía (enfermedad de Kostman), en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al Gobierno provincial de Córdoba ni a las obras sociales.

Todo ello condujo a la Corte a hacer operativa jurisdiccionalmente la relevante premisa que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que lo sumía la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se *salvó preventivamente en sede judicial una inminente omisión de la autoridad pública involucrada*.

11. “Monteserin”

A) Ciertamente, lo resuelto en “Campodónico de Beviacqua” ha tenido fuerza expansiva, puesto que los principales eslabones que lo vertebran argumentalmente fueron reproducidos en otros pronunciamientos donde también estaban en juego valores de singular trascendencia.

Sólo citaremos uno de ellos. Nos referimos a “Monteserin, Marcelino c/ Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad)”⁶⁹⁰.

La secuencia del caso muestra que el padre adoptivo de un menor que padecía parálisis cerebral dedujo amparo contra el Estado nacional para que se le ordenara dar cumplimiento a la previsión contenida en los arts. 3, párrafo 2º, 4 y ccds. de la citada Ley N° 24.901 y 23 de la CDN, y que se dispusiera la afiliación del menor a la obra

689 Subyace en ello una clara aplicación de la pauta contenida en los citados arts. 26 y 27 de la CVDT.

690 *Fallos*, 324:3569.

social que correspondiera, a fin de que recibiera todos los beneficios previstos en la legislación vigente.

El Tribunal de Apelaciones interviniente confirmó la sentencia de la instancia anterior, que acogió el amparo y ordenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad que otorgara la atención integral prevista en la Ley N° 24.901 y el Decreto N° 1.193/98⁶⁹¹, no sólo con relación a las prestaciones básicas allí enumeradas, sino a los servicios específicos, alternativos del grupo familiar o prestaciones complementarias que la situación a relevar requiriera.

Contra ese decisorio, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad articuló un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio lugar a la queja. El 16 de octubre de 2001 la Corte Suprema, unánimemente⁶⁹², declaró procedente tal recurso mas confirmó la sentencia cuestionada.

B) En apretada síntesis, los aspectos destacables del decisorio son:

- Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con *acciones positivas*, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (consid. 11), reiterando lo puntualizado por ejemplo en “Asociación Benghalensis”.
- Aludiendo a lo expresado en “Campodónico de Beviacqua”, señaló que el Estado nacional no podía desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades —públicas o privadas— *pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten*, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, *en miras a lograr la plena realización del derecho a la salud* (consid. 13).

691 B.O. de 14 de octubre de 1998.

692 Votaron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez.

- Y que la Ley N° 24.901 encomendó al *Estado nacional y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud dispuestas en ella a favor de las personas discapacitadas que no contarán con cobertura de obras sociales y carecieran de medios propios para afrontar sus necesidades*, condiciones que habían sido acreditadas en el caso (consid. 15).

A partir de tal enclave jurídico y axiológico, la Corte razonó que en el caso en cuestión el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, *pretendía liberarse de su deber de asistencia al niño alegando la insuficiencia de partidas presupuestarias y haciendo recaer la responsabilidad de atenderlo en otro departamento perteneciente al mismo ámbito administrativo, con el que ejercía funciones concurrentes y del cual formaba parte integrante junto con otras entidades de atención de la salud.*

Como corolario de la trama argumental señalada, el Tribunal advirtió sobre *la responsabilidad que debía asumir el Estado en la asistencia y la atención del niño discapacitado, de la que no debía sustraerse en razón de “demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias”*, confirmando el criterio de los tribunales inferiores dirigido a salvar la *omisión* del citado Servicio Nacional.

12. “Antonucci c/ Y.P.F. y otro”

A) En primera instancia se rechazó la demanda articulada por el actor para que se reconociera su derecho respecto de las acciones clase “C” de Y.P.F. S.A. (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad Anónima), que le corresponderían de acuerdo con el Programa de Propiedad Participada (P.P.P.) creado y reglamentado por las Leyes N°s. 23.696⁶⁹³ (de Reforma del Estado), 24.145⁶⁹⁴ y concordantes. El magistrado se basó en que el accionante no se encontraba en relación de dependencia en el momento de la privatización de Y.P.F.

En segunda instancia se revocó la sentencia desestimatoria, haciendo lugar a la demanda. Asimismo y ya confirmando lo resuelto en la sede anterior, liberó de responsabilidad en la causa a la codemandada Y.P.F. Señaló la Cámara interviniente que la real privatización de la empresa se produjo con el Decreto N° 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, sí tenía derecho a participar del

693 B.O. de 23 de agosto de 1989.

694 B.O. de 6 de noviembre de 1992.

mencionado programa y luego a adquirir un porcentaje de las acciones de la empresa. En consecuencia, condenó 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 un recurso extraordinario federal en el que —entre otras cuestiones— puso énfasis en el carácter “programático” de la Ley N° 23.696, aseverando que ella entrañaba un marco normativo del que se desprendían principios aplicables a la privatización, que no constituía materia justiciable, en tanto se trataba de un estatuto que guiaba la actuación del Poder Ejecutivo, al que se encomendaba la aplicación de aquel según su juicio de oportunidad y valor. Señaló, 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 trascendía el interés de las partes, para proyectarse sobre el de la comunidad.

B) Luego del dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte⁶⁹⁵ declaró admisible, por mayoría, el recurso extraordinario, mas confirmó la sentencia apelada, expidiéndose el 20 de noviembre de 2001.

C) Sintéticamente, la cuestión por dilucidar —conectada con la naturaleza pretendidamente “programática” de la Ley N° 23.696— era a qué fecha debía existir el vínculo laboral para que los dependientes de Y.P.F. pudieran tener derecho a adquirir acciones del ente en función del P.P.P. establecido en la citada ley.

El voto mayoritario (suscrito por los ministros 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 art. 14 bis de la Constitución Nacional*”⁶⁹⁶ (ver consid. 4°), concluyó —no sin dejar sentado previamente que la Ley N° 23.696 “no revestía carácter imperativo” (consid. 5°)— que la literalidad de los textos reguladores del marco de propiedad participada hacían permanente referencia al empleado adquirente del ente a privatizar y no a quien reunía tal condición en un ente ya privatizado (consid. 9°).

Por otro carril, el voto disidente de los jueces 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 N° 23.696 impedía reconocer derecho de preferencia al P.P.P. a quien cesó con anterioridad al momento de concretarse la privatización mediante el cambio en el capital de la empresa, de lo que surgía que

695 Fallos, 324:3876.

696 Sobre el particular, reenviaba a lo resuelto en Fallos, 321:3037.

ningún derecho consolidado pudo invocar válidamente el actor en tanto no investía, a ese momento, la calidad de empleado (consid. 11). Dejó sentado además 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 N° 24.145, por medio de la cual Y.P.F. ofertó sus acciones para ser adquiridas en los mercados abiertos de valores (consid. 10).

D) Para concluir este señalamiento, pareciera que el fallo (nutrido del voto mayoritario) se hizo eco del criterio del Procurador General de la Nación, aunque sin decirlo expresamente. En su dictamen éste 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. ítem XIV), pauta hermenéutica que para entonces supuso 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*.

13. “Mignone, Emilio Fermín”

A) Aunque todavía con parte de la composición anterior a la actual, a los fines de esta indagación es válido revisar este fallo, pronunciado el 9 de abril de 2002, y que ya fuera citado en este trabajo.

En él, la Corte no se limitó (como sí lo había hecho el órgano apelado: la Cámara Nacional Electoral) a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. Es que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilitara el sufragio de aquella categoría de personas.

Además de mantener la declaración de la invalidez constitucional de tal precepto, la Corte avanzó operativamente y manifestó que correspondía *“urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados”* y, en ese marco, consideró prudente *“disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”*⁶⁹⁷.

697 Los textos entrecomillados corresponden al consid. 9° de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López.

En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los jueces Boggiano (véase el consid. 8°) y Bossert (ver el consid. 30).

B) Esencialmente, la Corte pronunció una especie de *sentencia exhortativa multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obturado por la regla devenida anticonstitucional⁶⁹⁸.

Es saludable la opción escogida por el Tribunal como medio útil para corregir el incumplimiento del “deber de adecuación del legislador” al no adaptar una norma legal a los postulados operativos de un instrumento internacional con valencia homóloga a la de la Carta magna, pues más allá de la pauta genérica del art. 18 de la C.N. (con relación al principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad (y convencionalidad) de la regla impugnada fue el art. 23.2 de la CADH⁶⁹⁹.

En otras palabras, aquel *precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrenadadamente inconsistente con pautas dimanadas de una convención internacional jerárquicamente equiparada a la Constitución*.

C) Por último, como también ocurriría luego con otros pronunciamientos⁷⁰⁰, la sentencia tuvo potencialidad impulsora de la tarea legislativa, pues el 4 del diciembre de 2003 se sancionó la Ley N° 25.858⁷⁰¹, promulgada por Decreto N° 1.342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 29 de diciembre de 2003 (publicado en la misma

Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (*vid.* sobre el punto en cuestión, el consid. 19).

698 *Mutatis mutandis*, es posible verificar también que en el voto concurrente individual del entonces juez Nazareno en el caso “Provincia de San Luis c/ Estado nacional s/ Acción de amparo” (*Fallos*, 326:417), de 5 de marzo de 2003, además de propiciar la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos Nac. N°s 214/02 (arts. 2 y 12), 1.570/01 y 320/02, precisó que a fin de “no frustrar la declaración de inconstitucionalidad decidida, corresponde que la intervención que se requiere del Congreso de la Nación esté sujeta a un breve lapso durante el cual deberá ser ejercida, pues de no ser así este pronunciamiento configuraría una vana y formal declamación de principios, desprovista de contenido real por su ineficacia para restablecer las garantías constitucionales vulneradas; y, con mayor gravedad, en una renuncia consciente a la función constitucional de decidir definitivamente colisiones efectivas de derechos, asignada a este Poder Judicial” (consider. 51). Sobre tal base, juzgó apropiado fijar al Congreso un plazo de sesenta (60) días.

Fundamentaba también su posición en que, dada la proyección que la decisión propuesta podía generar sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debatían controversias similares, el Congreso de la Nación debía sancionar las disposiciones necesarias y apropiadas para que la ejecución de pronunciamientos de esta naturaleza encontrara un cauce constitucionalmente sostenible (consider. 47).

699 En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López en la causa “Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ Oficialización listas de candidatos”, de 27 de septiembre de 2001 (*Fallos*, 324:3143).

700 Por ejemplo, en la varias veces nombrada causa “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”.

701 B.O. de 6 de enero de 2004.

fecha que la ley). En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó, entre otros incisos, el 'd' del art. 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el art. 3 bis, que en su primer párrafo dispone que “[l]os procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos”⁷⁰².

14. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido”

En este decisorio⁷⁰³, de 14 de septiembre de 2004, la CSJN modificó su posición hermenéutica anterior y, por unanimidad⁷⁰⁴, declaró inconstitucional por irrazonable el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley N° 24.013⁷⁰⁵), para calcular la indemnización por despido incausado.

Paralelamente y con una carga adicional de activismo judicial, desactivó por inconstitucional aquel límite y avanzó en la *delineación de un criterio normativo operable en la causa* al determinar *per se* que correspondía aplicar dicha limitación sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

En puridad, la Corte inoculó al fallo una importante carga *aditiva*, razón por la cual se ha llegado a decir que representa una “decisión *cuasi legislativa*”⁷⁰⁶.

15. “Verbitsky, Horacio”

En esta causa, ya reseñada e individualizada (por lo que remitimos a lo mencionado en el título séptimo, capítulo II), el Tribunal recurrió a una interesante herramienta sentencial *exhortativa para atemperar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas*.

702 Al margen del hecho auspicioso que supuso la positivación de tal solución, que quedaba en línea con las disposiciones y los principios consagrados por la CADH y el anclaje argumental exhibido por la Corte Suprema en “Mignone”, no dejaba de ser polémico el excesivo lapso de tiempo que la ley en cuestión otorgó al Poder Ejecutivo para que la reglamentara, en tanto le fijó para tal menester un plazo máximo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la publicación de la aludida preceptiva legal.

703 *Fallos*, 327:3677.

704 En efecto, votaron coincidentemente todos los firmantes, ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

705 B.O. de 17 de diciembre de 1991.

706 Cfr. ACKERMAN, Mario, “La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias”, *La Ley*, T° 2004-F, Buenos Aires, p. 196.

Diseñó una *sentencia exhortativa multilateral* involucrando en sus requerimientos a los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires, pero a la vez mantuvo su propio compromiso en la supervisión del abastecimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento (por cierto, de muy dificultoso cumplimiento efectivo) y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil para debatir sobre un tema de enorme complejidad como es el de las personas privadas de su libertad en jurisdicción de aquella Provincia, detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados.

16. “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios” I y II

A) En la citada causa “Badaro I”, unánimemente⁷⁰⁷, el Alto Tribunal subrayó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (art. 14 bis) debía resguardarse *legislando* sobre el punto (consid. 6°).

Convergentemente señaló que “*el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla*” (consid. 15).

Asimismo, puso de manifiesto que “la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*”, de lo que extrajo que “*la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional*” (consid. 13).

El espacio temático en cuyo marco la Corte entendió configurada la *preterición legislativa inconstitucional* es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como destinatario de un plus protectorio en los términos del art. 75, inc. 23.

Tal cláusula específica que corresponde al Congreso nacional *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 la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de*

707 El fallo lleva la firma de los siete (7) integrantes que entonces daban cuerpo al Tribunal, ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. En otras palabras, queda al descubierto la expresa voluntad del Constituyente reformador de *visualizar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable e hiposuficiente*.

En tal sentido, la CSJN ha precisado que “*no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos*” (consid. 17).

Por lo demás, mostrándose consciente de sus límites, advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más “*la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer*” (consid. 16).

Las líneas axiales del fallo pueden sintetizarse como sigue:

- *Declaró la omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de norma de ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley fundamental.
- *Se abstuvo de adoptar ‘per se’ la decisión supletoria de la mentada preterición.*
- *Difirió el pronunciamiento* sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes.
- *Y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación* el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

B) Por su parte, en el también nombrado decisorio “Badaro II”⁷⁰⁸, al haber transcurrido un lapso de tiempo razonable (un poco más de quince —15— meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (dictado de pautas

708 Votaron de manera coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

adecuadas a la situación del actor⁷⁰⁹), y agregar que el primer fallo pronunciado en la causa “fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella”, por unanimidad declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 24.463, en el caso.

Asimismo, determinó que la prestación del accionante (que superaba los un mil pesos —\$ 1.000—) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Más allá de la solución puntual adoptada, el Tribunal manifestó que contribuiría a la seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguraran el objetivo constitucional relativo a la movilidad de las prestaciones previsionales, pues *una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de las facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que había redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial* (consid. 24).

Consecuentemente, formuló una *nueva exhortación* a las autoridades responsables a fin de que examinaran dicha problemática y, entre otros aspectos salientes, la resolución supuso —*ante la pretermisión legislativa*— *la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de contenido aditivo*.

Por lo demás y luego de “Badaro II”, el Congreso de la Nación procedió a dictar la Ley N° 26.417⁷¹⁰ de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público, que algunos analistas han tachado de insuficiente por no ofrecer solución a numerosos problemas sobre actualización de haberes anteriores a 2009 y porque tal vez la fórmula de movilidad que implementaba originaría un nuevo flujo de litigiosidad dirigido a cuestionarla.

709 Luego del fallo “Badaro I” el Congreso sancionó la Ley N° 26.198 (B.O. de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general de 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a \$ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del Decreto N° 1.346/2007 (B.O. de 5 de octubre de 2007) que estableció un aumento general de 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007.

Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descritas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en aquella sentencia.

710 B.O. de 16 de octubre de 2008.

17. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”

A) En esta sentencia⁷¹¹ (ya anunciada), por mayoría, el Tribunal *detectó la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal.

B) Para arribar a tal conclusión y entre otros argumentos, entendió que la C.N. admite en el segundo párrafo del art. 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Si bien reconoció que en tales casos no existe un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que media un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Puntualizó sobre el particular que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas *acciones de clase* en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos” (consid. 12 de la mayoría).

Posteriormente puntualizó que “frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que *la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia*, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular” (id. consid.).

711 Dictada el 24 de febrero de 2009.

En sentido convergente con lo que anunciábamos, *paralelamente a detectar la “mora” legisferante y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, trazó algunas precisiones a los efectos de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la “acción colectiva” que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio*, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (consid. 20 de la mayoría).

Por ello, consideró que “la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (id. consid.).

18. “Q. C., S. Y.”

El presente fallo, varias veces referido aquí, giraba en torno a derechos singularmente relevantes, como el de *acceso a una vivienda digna* (art. 14 bis, *in fine*). El Tribunal puntualizó que las disposiciones constitucionales que alojan a tales derechos consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: **i)** no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*; **ii)** esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo*, lo que significa que *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*; y **iii)** están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermisiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales.

Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “obligaciones de hacer a cargo del Estado” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

19. “Dávila Lerma, Carlos Alberto c/ Provincia de Formosa y/u otros”

A) El presente fallo, dictado el 5 de junio de 2012 y que ya fuera identificado aquí, es tan breve como importante⁷¹². Sin embargo, ha pasado inadvertido para la doctrina.

El actor reclamó el beneficio de pensión derivado de la muerte de su cónyuge jubilada, para lo cual planteó la inconstitucionalidad del art. 37.1. de la Ley N° 571 (T.O. por Decreto N° 1.505/1995) de la Provincia de Formosa. Sostuvo que tal norma violaba el principio de igualdad ante la ley enunciado por las constituciones local y nacional, en la medida en que para acceder a dicha prestación el viudo debía encontrarse incapacitado para el trabajo y a cargo del causante, cuando esta condición no era requerida en el caso de la viuda. Su petición fue finalmente desestimada por el Superior Tribunal de Justicia provincial, lo que generó el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja.

B) La CSJN transcribió un párrafo del fallo del Tribunal *a quo* en el que manifestaba: “si bien puede argüirse que la mujer ha avanzado socialmente y hoy existe una gran cantidad de ellas que trabajan y que así están siendo jubiladas y pueden recibir pensión, lo que haría (sólo para esos casos) un beneficio no igualitario, la cuestión debe ser resuelta por el legislador y mientras ello no ocurre la solución no puede ser dada por el Departamento Judicial”.

De ello extrajo la Corte que “por ser así descripto y no otro, el supuesto en juego en el presente litigio, *el Superior Tribunal provincial*, mediante el razonamiento transcrito, *terminó abdicando el ejercicio de su jurisdicción, la cual comprende, naturalmente, el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia, tal como lo tiene aclarado esta Corte desde antiguo* (Fallos: 10:134, del 30 de mayo de 1871)”.

En definitiva, acogió la queja y el recurso extraordinario deducidos y dejó sin efecto la sentencia apelada, devolviendo el expediente a fin de que, por quien correspondiera, se dictara una nueva con arreglo a lo indicado por el Alto Tribunal.

Presentada de una manera simple y directa, la doctrina que emana del sucinto pronunciamiento indica que si en un caso los jueces dicen al peticionante (palabras

712 Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni.

más, palabras menos) “su planteo es correcto y Ud. tiene razón, pero precisa una norma del legislador que solucione su reclamo”, *estarían abdicando el ejercicio de su jurisdicción, que comprende el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia.*

Y, de más está mencionarlo, *por vía de principio ello supone la habilitación de una valiosa herramienta para que desde la jurisdicción se corrijan directamente las omisiones inconstitucionales del legislador.*

20. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción’”

Por su vinculación temática con ciertos aspectos de “Dávila Lerma”, corresponde traer a colación la reciente causa que anuncia el rótulo, dirimida por la CSJN de modo unánime el 20 de agosto de 2014, firmada por los ministros Lorenzetti, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

En apretada síntesis, el demandante había planteado la inconstitucionalidad del art. 31 de la Ley N° 5.846 de la Provincia de Córdoba, que no contemplaba al conviviente varón en la nómina de causahabientes con vocación al beneficio de pensión. Tal solución legal era considerada por el accionante como contraria al art. 16 de la C.N. en cuanto establece la igualdad ante la ley sin distinción de sexos.

En su momento, el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia había acogido la acción contencioso administrativa deducida, y ordenado a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros local el dictado de un acto administrativo otorgando la pensión respectiva a partir de la entrada en vigencia de la Ley Prov. N° 9.075 que, a criterio de ese Tribunal Superior, vino a cubrir el vacío legal existente respecto del conviviente varón, resultando sus previsiones aplicables al caso, por lo que dispuso se concediera el beneficio desde el día de entrada en vigor de tal ley.

Contra ese pronunciamiento, el demandante dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la queja, que fue admitida por la CSJN, compartiendo las razones dadas por el Procurador Fiscal subrogante para descalificar la sentencia apelada, además de aportar algunas consideraciones propias.

La Corte recordó su interpretación en el sentido de que la igualdad establecida en el art. 16 de la C.N. impedía que se establecieran excepciones o privilegios que excluyeran a unos de lo que en iguales circunstancias se concedía a otros. Asimismo, evocó su criterio respecto de la aplicación de un escrutinio riguroso sobre las normas que establecían clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados “sospechosos de inconstitucionalidad”), tales como raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (arts. 1 de la CADH y 26 del PIDCP). Pasó a puntualizar que, cuando había tenido que expedirse sobre la validez de las leyes que como en el caso utilizaban alguno de esos criterios de clasificación expresamente prohibidos, lo hizo partiendo de una presunción de inconstitucionalidad, que sólo caía si la demandada justificaba los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demostraba que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado. En autos la accionada no había justificado que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio, ya que se había limitado a señalar a lo largo del proceso que la ley impugnada no los amparaba y a citar otra norma del mismo cuerpo legal que también deparaba un tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez.

En nuestra opinión, ello implicaba una preterición inconstitucional relativa alojada en la normativa legal cuestionada.

Dentro de las pautas a las que la CSJN reenvió (contenidas en el dictamen del Procurador Fiscal subrogante) figura aquella que indica que los tribunales superiores provinciales no podían abdicar el ejercicio de su jurisdicción, la cual comprendía, naturalmente, el control de constitucionalidad de las normas en los casos que fueran de su competencia, tal como lo había dicho en la citada causa “Dávila Lerma”.

En definitiva, la Corte Suprema hizo lugar al recurso del apelante (ya que medió una clara omisión de parte del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en cuanto a pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad expresamente planteada), declaró la anticonstitucionalidad del art. 31 de la Ley Prov. N° 5.846, revocó la sentencia cuestionada y ordenó que la pensión del actor se abonara desde la fecha en que el menor de sus hijos —beneficiario de esa prestación— alcanzó la mayoría de edad.

III. Recapitulación

1. Introducción

Un bosquejo simplificado del señalamiento jurisprudencial de la CSJN, nos permite insinuar ciertas líneas salientes del elenco de fallos reseñados.

Recorreremos así diversas facetas de la inconstitucionalidad por omisión: *i*) nuevos instrumentos procesales constitucionales dispensados desde el seno jurisdiccional;

ii) el desarrollo de la fiscalización sobre las omisiones inconstitucionales desde una perspectiva institucional; *iii*) una especie de premisa interpretativa abierta, para que los jueces corrijan las inercias inconstitucionales del legislador; *iv*) en estrecha vinculación con lo anterior, la búsqueda de herramientas para dotar de eficacia a las normas constitucionales denominadas “programáticas” o, en lenguaje reciente de la CSJN, a disposiciones constitucionales con “operatividad de carácter derivado”; *v*) la vinculación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en relación con las pretericiones legislativas; *vi*) algunas modalidades atípicas de sentencias constitucionales, v. gr., las exhortativas y aquellas que aportan contenido aditivo; y *vii*) la relación entre la inconstitucionalidad omisiva y los derechos fundamentales, como el de la salud.

2. Perfiles salientes de las sentencias referenciadas

A) *Creaciones pretorianas de instrumentos procesales constitucionales*

a) “Siri” y “Kot” son dos señeros precedentes que constituyen una muestra embrionaria pero trascendental del tópico que aquí exploramos. Produjeron una contribución vital al derecho procesal constitucional pues dieron vida —nada más y nada menos— que al proceso constitucional de *amparo*, respectivamente, *contra actos de autoridad pública y de particulares*.

Ciertamente además, “Siri” contiene uno de los párrafos más conocidos de la jurisprudencia de la CSJN, donde se afirma que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*.

b) La sentencia recaída en “Halabi” resulta relevante desde el punto de vista de la *consolidación de los procesos colectivos*, al adherir el Tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

Por su parte, *interpretó que medió mora legislativa en la regulación de las “acciones de clase”* y fijó determinados lineamientos que gobernarían la tramitación de las mismas hasta tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

Sea como fuera, queda en un cono de dudas descifrar si en puridad del art. 43, párrafo 2°, de la Ley fundamental corresponde o no derivar la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador para positivar las *class actions*.

B) Control de constitucionalidad de omisiones legislativas, con sentido institucional

a) En “Bonorino Perú” (caso resuelto por conjueces) y otros fallos análogos, la CSJN ejerció *control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional violatoria de la garantía constitucional* consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En cierto sentido, puede inferirse en “Bruno” una posición de la CSJN (ya con la composición natural de ese entonces) emparentada con el criterio sentado en “Bonorino Perú” y los restantes casos análogos dirimidos por conjueces.

c) En “Badaro I”, *descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el art. 14 bis de la Ley fundamental* y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: **i)** por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión; y comunica su determinación a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente; y **ii)** por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

d) Ya en “Badaro II”, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado *sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara en “Badaro” I y frente a la persistencia de la inacción legislativa, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizador de la prestación previsional del accionante.*

e) Pese a no haber sido objeto de especial tratamiento, puede ubicarse aquí lo resuelto recientemente por la CSJN en el caso ‘I.150.XLVIII’, “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”, de 11 de noviembre de 2014, donde unánimemente (votaron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda), señaló la existencia de una *omisión* [a nuestro juicio, institucional]

en el dictado del régimen de coparticipación municipal previsto en los arts. 168 y 173 de la Constitución local y en el art. 9º, inc. 'g', de la Ley Nac. N° 23.548 de Coparticipación Federal, de acuerdo con los arts. 5º y 123 de la CN. Ordenó dictar un nuevo fallo, señalando que si una *omisión* desarticula en parte la forma de estado federal que dispuso el constituyente nacional —al reconocer el principio de autonomía municipal— y provincial —al reglar el alcance y el contenido de dicha autonomía—, esclarecer la cuestión implica forzosamente que los jueces interpreten la Constitución en el marco de una causa contenciosa. Advirtió que *no se trataba de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal*, pues ello era una atribución ya ejercida por el constituyente provincial, sino de asegurar que una vez ejercido ese poder, *las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo con los parámetros preestablecidos para efectivizarla.*

C) Prohibición de abdicar del ejercicio del control de constitucionalidad

a) El criterio expuesto por el Tribunal en “Dávila Lerma” (reiterado en “Zartarian”) abre una interesante perspectiva que los jueces deben internalizar y aplicar, aunque con mesura, en materia de *inconstitucionalidad por omisión*.

Ha puntualizado que si los jueces manifiestan en un caso concreto que la pretensión es procedente pero que para hacerla operativa es menester una norma del legislador, tal comportamiento supondría una *declinación del ejercicio de su jurisdicción, que naturalmente abarca el control de constitucionalidad de las normas en las causas de su competencia.*

Transmite a la magistratura, así, un nítido mensaje en cuanto a que *existen remedios operables por medio del control de constitucionalidad para resolver las indolencias legislativas ante reclamos justos y jurídicamente procedentes.*

D) Las (denominadas) normas programáticas y la cuestión de la eficacia legal y constitucional. Sobre las disposiciones constitucionales con “operatividad de carácter derivado”

a) De “Hotel Internacional Iguazú S.A.” vale rescatar el criterio expuesto por el Alto Tribunal en torno a que el *carácter programático de una ley* no era causa que por sí sola justificara 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 podía aceptarse.

b) Análogamente, en “Bruno” se realza la aseveración en punto a que *no es posible presumir que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*, criterio que aporta a nuestra visión respecto de la *legitimidad y conveniencia de asimilar y aplicar la categoría del control sobre las omisiones inconstitucionales.*

c) En cierto modo, “Antonucci” se acerca a “Hotel Internacional Iguazú S.A.” y “Bruno”, a partir de la visión del Procurador General de la Nación, seguida —aunque

sin verbalizarlo— por la mayoría del Tribunal. Aquel, en su dictamen, enfatizó 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*”, argumento útil para fortalecer la visión respecto de la vocación de operatividad de los preceptos constitucionales, que puede propiciar la superficie de movimiento de la judicatura para instar al legislador a proporcionales desarrollo normativo.

d) “Q. C., S. Y.” permite tener una visión actualizada de lo que la CSJN entiende por *operatividad* de las disposiciones constitucionales que contienen ciertos derechos fundamentales, por ejemplo, el de acceso a una vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*). Aquellas marcan obligaciones de hacer a cargo del Estado, que no son simples declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; tal operatividad posee un carácter derivado, requiriendo de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo para su materialización; y están sometidas al control de constitucionalidad (razonabilidad) por los jueces.

E) Interacción del control sobre omisiones inconstitucionales e inconvencionales

a) En “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la *inacción legislativa* en perfilar la normativa reglamentaria del art. 14.1. de dicho Pacto podía suscitar la violación de la misma al no hacer posible su cumplimiento.

Desde una mirada de la cuestión que vaya más allá de lo superficial puede intuirse una interesante (aunque primaria) muestra de retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones contrarias a la Ley fundamental y a instrumentos que, como la CADH, ostentan valencia constitucional.

F) Sentencias exhortativas

a) Los casos “Pérez de Smith s/ Efectiva privación de justicia”, “Zamorano” y “Pérez de Smith s/ Pedido” fueron resueltos durante el último gobierno *de facto* y, con matices, en ellos subyace la intención de la CSJN de activar sus *poderes implícitos* para salvaguardar la eficacia de la función judicial y evitar o superar situaciones de “privación de justicia”, principalmente en lo referido a la protección de los derechos y garantías consagrados en la C.N., *ante la inercia del Poder Ejecutivo Nacional*.

Así, lo *exhortaba* (muy tíbiamente) a proveer lo necesario (y en algún caso lo urgió a tomar las medidas correspondientes) a fin de que los magistrados estuvieran en condiciones de ejercer su imperio constitucional, resolviendo —con la necesaria efectividad que exigía el derecho— sobre los recursos que se intentaran ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual.

b) En “Mignone”, por medio de una *especie de sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello un plazo de seis (6) meses.

c) En “Verbitsky” también diseñó una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado Provincial (Ejecutivo, Legislativo y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto, el fallo *revela la detección de omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal*, y dispuso exhortar a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

G) Resoluciones con contenido “aditivo”

a) De “Saguir y Dib” puede destacarse la tarea *“aditiva”* de la CSJN consistente en brindar una respuesta que, si bien no figuraba en la letra de la norma en cuestión, sí podía extraerse de su material implícito. Asimismo, es de resaltar la *creatividad* del Tribunal para eludir la mecánica literal de la ley y el formalismo ritual y garantizar, así, la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales.

b) En “Vizzoti” desactivó por irrazonable (y por ende, inconstitucional) el límite a la base salarial para cuantificar la indemnización por despido sin causa y, en una decisión con *contenido aditivo*, elaboró una pauta normativa sustitutiva de la descalificada por anticonstitucional.

H) Omisiones inconstitucionales y derecho a la salud

a) Para concluir este telegráfico señalamiento, vemos que “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua” (además de otros pronunciamientos concordantes, por ejemplo “Monteserin”, con una matriz similar a la del caso citado en último término) resultan significativos en tanto el Alto Tribunal depara ciertas pautas para superar *omisiones inconstitucionales del Estado* (nacional y/o provincial) *por incumplimiento de las obligaciones a su cargo* en el sensible ámbito del derecho a la salud, en el primer caso frente al flagelo del SIDA y en el segundo en torno a un menor con capacidades especiales.

CAPÍTULO

III

**ASPECTOS JURISPRUDENCIALES
RELEVANTES Y UN CONTEXTO
DE REDEFINICIÓN DEL PERFIL
INSTITUCIONAL DE LA CORTE
SUPREMA**

I. Preliminar

La observación de la praxis jurisprudencial de la CSJN en los casos abordados nos mueve a efectuar una reseña conclusiva que, sin pretensión alguna de exhaustividad y más allá de los comentarios particulares que en cada pronunciamiento se fueron intercalando e incluso de otros que se insertaron al finalizar cada uno de los dos capítulos anteriores, intentará poner de manifiesto algunos perfiles interesantes que tal muestreo arroja, además de otras reflexiones vinculadas con el tópico en análisis.

Cerraremos este segmento intentando contextualizar las presentes referencias recapitulativas de cara a la actualidad y la perspectiva del Alto Tribunal, que proyecta ciertas imágenes que denotan su intención de fortalecerse institucionalmente y privilegiar su labor como órgano de cúspide de la jurisdicción constitucional.

II. Identificación de algunas líneas salientes y de tópicos significativos emergentes del devenir jurisprudencial de la Corte

1. Apreciaciones generales

En los decisorios más añejos, y a salvo algunas alusiones específicas aisladas en votos concurrentes o disidentes y la conocida posición asumida en “Siri” (1957) y “Kot” (1958), el Tribunal se ha cuidado de no verbalizar específicamente que procedería a ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales o, lo que es análogo, que se introduciría en la ardua problemática de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Sin embargo, ya en épocas no tan lejanas, sí afrontó de modo más o menos expreso el problema en “Pupelis” (1991), caso del que —estimamos— no podría predicarse un criterio negatorio universal del Tribunal o una suerte de autoproscripción indiscriminada a fiscalizar posibles omisiones legislativas contrarias a la Constitución.

Pareciera que, en dicha causa, la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad fundada en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos se fundamentaba en que dicha declaración no tendría por fin real descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino imponer al Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada.

En otras palabras, creemos que la improcedencia acusada por el Tribunal no tenía por objeto exteriorizar un principio general negatorio de la posibilidad de controlar las omisiones inconstitucionales, sino más bien la justificación de tal inaplicabilidad al específico caso traído a su conocimiento, lo que desde nuestra óptica queda avalado con la siguiente afirmación del Tribunal: “aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría omitido dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no es posible que el Tribunal intervenga, *pues no se trata en tales casos de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional*, sino, a lo sumo, de un conflicto entre normas de igual rango, respecto del cual a esta Corte le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante”.

Por consiguiente, no sería irrazonable interpretar, *a contrario sensu*, que sí quedaría habilitada para intervenir ejerciendo control de constitucionalidad ante la acusada omisión del legislador si convergiera una vulneración al principio de igualdad ante la ley o a otro principio consagrado en la Carta fundamental.

Cerramos este subapartado evocando una singular como interesante perspectiva del ministro Levene (h.) en “Pupelis”, quien si bien coincidió con la solución de fondo contenida en el voto mayoritario, se animó a propiciar que *se oficiara al Poder Legislativo en orden a que contemplara la modificación* de las escalas penales del art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, a fin de evitar que su severidad pudiera derivar en condenas que excedieran las necesidades de política criminal. Dicho en otros términos, mocionaba una especie de *recomendación al legislador* para que procediera a reformar la normativa y salvar, así, la omisión inconstitucional que se le endilgaba.

2. Juicio por jurados

La Corte ha precisado en algunos fallos que *no se configura omisión inconstitucional* al interpretar que los arts. 24, 67 [actual 75] y 102 [hoy 118] de la C.N. no han impuesto al Congreso el deber de proceder *inmediatamente* al establecimiento del *juicio por jurados* (*vid.*, por ejemplo, “Loveira” [1911], “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario ‘La Fronda’ s/ Desacato” [1932] y “Tribuna Demócrata” [1947]).

3. Intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados

En un conjunto de casos de mediados de la década de los 80 del siglo pasado (“Bonorino Peró”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”), bien que resueltos por conjuces, la CSJN ejerció de modo nítido *control de constitucionalidad con sentido*

institucional frente a una omisión legislativa que resultaba lesiva de una garantía dispensada en la Ley fundamental: preservar la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales.

Por su parte, en “Bruno” (1988), en torno a un caso de aristas análogas a los citados en el párrafo anterior, dos aspectos resultan dignos de resaltar en cuanto a lo que aquí interesa: *i*) la aseveración que formuló la mayoría en punto a que “*no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*”, premisa de utilidad a los efectos del control sobre la inconstitucionalidad por omisión; y *ii*) confirmación, ya con los integrantes naturales de la CSJN, del criterio sostenido por conjuces en “Bonorino Peró” y las demás causas sobre la *omisión inconstitucional* que supone no mantener actualizadas las remuneraciones de los jueces, *vis-à-vis* la garantía de intangibilidad remunerativa.

4. Disposiciones calificadas como “programáticas”. La “operatividad de carácter derivado”

Sin perjuicio de la solución de fondo que la Corte diera en “Buosi” (1959), no podemos menos que rescatar, por refrescante y visionaria, la percepción que el entonces ministro Boffi Boggero expusiera en ese fallo. Concretamente, y luego de sostener que cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun en situaciones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto puesto que lo contrario llevaría al desconocimiento de las autonomías provinciales en esa materia y al imperio de la inseguridad jurídica. Luego agregó elocuentemente que *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, 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, y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica, la constitucional.*

Por su parte, en “Hotel Internacional Iguazú S.A.” (1987) el Tribunal sostuvo con acierto que el 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”.

En línea con ello, en la citada causa “Bruno” (1988) sostuvo —como acabamos de manifestar— que “*no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*”.

Coincidentemente, la posición mayoritaria en “Antonucci” (2001) adhirió a la visión del Procurador General que había indicado 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. ítem XIV del dictamen), criterio hermenéutico plausible que implica un avance en la tarea de escrutar la vocación de operatividad de las disposiciones de la Ley fundamental *a pesar de la inoperancia de las autoridades con competencia para conferirles desarrollo normativo subconstitucional*.

Ya en “Q. C., S. Y” (2012), específicamente respecto de disposiciones constitucionales que consagren derechos con “operatividad de carácter derivado”, la percepción trasuntada por la Corte brinda un sendero fértil para deparar respuestas jurisdiccionales que coadyuven a subsanar pretericiones del Legislativo o el Ejecutivo consistentes en la ausencia de desarrollo de determinados mandatos constitucionales. Las soluciones surgidas del vientre jurisdiccional pueden sacudir la inercia e incentivar a los órganos renuentes a *actuar* para posibilitar que las “*obligaciones de hacer a cargo del Estado*” sean efectivamente materializadas.

5. El amparo como vía idónea para canalizar la pretensión de corrección de las omisiones inconstitucionales

Como pusiéramos de relieve, el Alto Tribunal se ha mostrado creativamente activista en los multicitados casos “Siri” y “Kot”, procreando la acción de amparo, que en nuestra historia judicial e institucional ha resultado de enorme utilidad para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Y justamente del repaso jurisprudencial emprendido surge que el amparo ha sido el mecanismo procesal constitucional utilizado corrientemente para instrumentar los cuestionamientos frente a inercias o inoperancias lesivas de los derechos humanos. Ello así tanto en la etapa previa a la reforma constitucional de 1994 (“Bonorino Peró” [1985] y otros fallos análogos, “Ekmekdjian c/ Sofovich” [1992], etc.), como en la posterior a tal innovación (“Campodónico de Beviacqua” [2000], “Monteserin” [2001], *inter alia*).

Justamente debe contabilizarse como aspecto destacable de la aludida modificación de la Ley fundamental el haber positivado expresamente tal proceso constitucional en su art. 43, párrafos 1° y 2°.

En el primero de dichos párrafos se localiza el amparo *individual o clásico*⁷¹³, que expresamente ostenta potencialidad para operar frente a actos u *omisiones* de autoridades públicas o de particulares, quedando incluso habilitado el juez que entiende en el mismo para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión* lesivos.

Más allá de que en el segundo párrafo de la disposición⁷¹⁴ no se consagre explícitamente tal prerrogativa para el juez que intervenga en el *amparo colectivo*, entendemos que por razones de lógica y coherencia, debe interpretarse dinámicamente ese tramo de la normativa constitucional haciéndose extensivas a aquel las facultades que se acuerdan en el primer segmento de la misma.

En suma, hasta tanto se institucionalice una *acción directa de inconstitucionalidad por omisión* en el ordenamiento nacional (si es que en algún momento ello acaece), la ruta del amparo aparece como una relevante alternativa para intentar la reparación o la prevención de las omisiones inconstitucionales. Ello tanto en las citadas vertientes constitucionales del *amparo individual o clásico* como del *amparo colectivo* (art. 43, párrafo 2º, *Ibid.*), complementadas con la normativa aplicable, según corresponda, de la Ley N° 16.986 (contra *omisiones* de autoridad pública) o del C.P.C.N. (contra *omisiones* de particulares) en sus arts. 321, inc. 2º, y 498.

Tal como relevaremos sucintamente en el título decimoséptimo, otras vías que para ciertos y determinados casos (por ejemplo, dependiendo del tipo de acto omitido o del tenor de derecho que se pretende proteger) podrían ser, por caso, el *mandamiento de ejecución* (figura conocida en el derecho público provincial argentino); la *acción declarativa de certeza* (tomando como soporte una presunta omisión inconstitucional); el *hábeas corpus*; las *acciones de clase*, etcétera.

6. Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión: dos percepciones disímiles

A) “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”

En esta paradigmática sentencia, la Corte confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH frente a la inexistencia de ley reglamentaria interna del derecho

713 Debe subrayarse que, reforma constitucional mediante, el radio de cobertura de esta modalidad de amparo se ha visto significativamente acrecentado al quedar cubiertos bajo su tutela los derechos y garantías emergentes de la Constitución, un tratado o una ley.

714 Que, como vimos, es articulable contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, estando legitimados para deducir la acción el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a tales fines y que se encuentren registradas conforme a la ley.

de rectificación o respuesta, dando una interpretación amplia a la expresión “en las condiciones que establezca la ley” contenida en el ap. 1° de dicho artículo, pues entendió que aquella alude “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*”.

Resulta trascendente que la Corte haya entendido que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto puede también ser abastecido por una *sentencia judicial*, pudiendo el Tribunal fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado.

No es irrazonable entender que, desde la perspectiva de la CSJN, como el tratado internacional en cuestión ostentaba valencia supralegal (hoy, constitucional en mérito al art. 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Ley fundamental), su incumplimiento enraizado en la abstención legislativa entrañaba omisión inconstitucional reparable judicialmente. Al respecto, el pronunciamiento apunta 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. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado*”.

Una mirada más actualizada de la cuestión, a la luz de la creciente interacción del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, el significativo incremento jurídico y axiológico de la circulación de reglas internacionales en el ámbito doméstico y la obligación de la magistratura (y de las demás autoridades públicas competentes) de llevar adelante un control de convencionalidad, autorizaría también a predicar de dicho fallo una embrionaria declaración de *inconventionalidad o anticonventionalidad por omisión*.

Otra premisa contenida en el pronunciamiento, relativa a la “omisión de establecer disposiciones que hagan posible” el cumplimiento del tratado internacional, *supondría la agresión constitucional (y convencional) por omisión y habilitaría el control jurisdiccional a su respecto*.

Básicamente y entre otras variadas apreciaciones que sobre el decisorio podrían verterse, creemos que el Tribunal proporcionó materia prima sumamente útil para la prospectiva de los controles constitucional y convencional correctivos de las pretericiones contrarias a la Ley fundamental y/o a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ella.

B) “Felicetti”

En franca contraposición a lo resuelto en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, en “Felicetti” (2000) el Tribunal *desaprovechó una oportunidad sumamente propicia para salvar una omisión inconstitucional e inconvencional*, pues bien pudo habilitar un camino procesal para cumplir con la CADH y asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal, utilizando extensivamente un remedio existente en el ordenamiento procesal: el recurso de revisión, ante la ausencia de un resorte procesal expreso para abastecer aquella finalidad.

Vale al respecto reivindicar las respectivas disidencias de los ministros Fayt (consid. 5°, *in fine*) y Boggiano (consids. 10 y 18), quienes —en sustancia— puntualizaron que asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, *derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*.

7. En torno a la omisión de actualizar normas desfasadas inconstitucional e inconvencionalmente**A) “D. de P. V.”**

En “D. de P. V.” (1999), la Corte perdió una buena ocasión para salvar una situación discriminatoria que aloja el art. 259 del Código Civil al excluir a la madre del menor entre los legitimados para deducir la acción de impugnación de la paternidad (aunque la cuestión ha quedado normativamente superada por el art. 590 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que aún no está en vigor).

Una de las posibilidades con que contaba el Tribunal era corregir *per se* el desenfoque de dicho precepto frente a la reforma constitucional de 1994, diseñando una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto y permitiendo la intervención en éste de la progenitora del menor.

Otra opción consistía en haber exhortado al legislador (fijándole o no un plazo) para que, ya de modo general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o ‘aggiornar’ tal precepto* a la luz de la renovada tónica jurídico-axiológica transfundida por aquella innovación y cruzada por los nuevos aires que trajeron consigo los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente.

B) “Mignone”

Este fallo (de 2002) exterioriza la *fuerza inductora de adaptaciones normativas* contenida en una sentencia que acogió estimatoriamente la articulación de inconstitucionalidad deducida *contra una norma legal desfasada* y, por ende, anticonstitucional, por resultar sobrevenidamente inconsistente con claras pautas de signo contrario emanadas de un tratado internacional con jerarquía constitucional: la CADH.

En la raíz del problema se localiza, aunque sin que lo que se dirá a continuación haya quedado plasmado literalmente en el fallo del Tribunal y sólo provenga de nuestra lectura del mismo, la posibilidad judicial de encarar el control sobre la inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) incurrida por el órgano legislativo por medio de la *omisión de aggiornar* una norma desactualizada del Código Electoral Nacional y, por consiguiente, *sobrevenidamente incompatible con un instrumento internacional sobre derechos humanos con valencia constitucional*.

8. La apertura de una importante perspectiva para el control sobre la inconstitucionalidad omisiva

En un breve pero intenso fallo, “Dávila Lerma” (2012), la Corte abre una grieta interesante para que la *inconstitucionalidad por omisión* pueda filtrarse y desplegar sus potencialidades evolutivas.

Allí sostuvo expresamente que si los jueces declaran en un caso concreto que la pretensión es procedente pero que para su aplicación es indispensable una norma del legislador, tal conducta implicaría una *declinación del ejercicio de su jurisdicción, que naturalmente abarca el control de constitucionalidad de las normas en las causas de su competencia*.

El mensaje a la judicatura parece claro: *existen remedios que pueden activarse mediante el control de constitucionalidad para resolver las inercias o inoperancias legislativas ante reclamos justos y razonables*.

En línea convergente parecieran ubicarse el varias veces nombrado caso “Q. C., S. Y.” (2012) y el más reciente pronunciamiento recaído en “Zartarian” (2014).

9. Sentencias “atípicas o intermedias”. Corrección de omisiones inconstitucionales

Fundamentalmente con la composición moldeada a partir de 2003-2004 (actualmente sin los jueces Argibay y Petracchi), el Alto Tribunal explora con mayor frecuencia el terreno de las llamadas sentencias “atípicas o intermedias” e incluso, como vimos, ha comenzado a enfrentarse con mayor intensidad a la inconstitucionalidad por omisión.

Así, imprimiendo a su accionar un tono activista, ha intensificado la utilización de nuevas técnicas sentenciales y la modulación de los efectos de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad. Da cuerpo así a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos ingredientes para configurar un plexo propio de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa y realización jurídicas de la Constitución (y los instrumentos internacionales en materia de derechos

humanos con idéntica valía). Es que, como se ha puntualizado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional donde opera⁷¹⁵.

Aclaremos preliminarmente que a los efectos de obtener un panorama más completo del problema, en este apretado señalamiento incorporaremos, de manera ilustrativa, algunos casos jurisprudenciales no abordados específicamente en la presente investigación pero que son importantes y —creemos— pueden resultar útiles a los efectos de fortalecer nuestra argumentación.

En la dinámica expuesta y sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse:

- *Resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo específico* (en este último caso, cuantificando tal parámetro temporal o bien, limitándose a emplear la difusa expresión “en un plazo razonable”), para dar tiempo en algún supuesto, luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador previo a un análisis final de la pretensión actora (“Badaro I” [2006]).
- Sentencias en las que ha descartado previsiones normativas por anticonstitucionales y, *haciendo gala de su función creadora de Derecho a partir de notas aditivas*, ha construido criterios normativos operables en las respectivas causas para dirimir las cuestiones sometidas a su conocimiento (“Vizzoti” [2004] y “Badaro II” [2007]).
- Algún decisorio en el que constató la *omisión legislativa inconstitucional absoluta* y, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas regulatorias de la materia (“acciones de clase”), diseñó ciertos perfiles que las regirían procedimentalmente hasta tanto se emitiera la reglamentación general pertinente por el órgano legisferante (“Halabi” [2009]).
- El caso “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros” es una especie de *megaproceso* que gira en torno a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (y a su saneamiento) y que originó varias resoluciones. La de 8 de julio de 2008⁷¹⁶, una de las más importantes, es una *sentencia colectiva*, en la que el Tribunal prefiguró un plan a cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca creada por la Ley N° 26.168⁷¹⁷ (entidad a la que puso en funcionamiento),

715 Cfr. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 402.

716 *Fallos*, 331:1622.

El fallo fue suscrito por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Antes y después de la referida sentencia definitiva, se dictaron otros numerosos resolutorios.

imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

- Sentencias en las que se extreman los cuidados para no llegar a la declaración de inconstitucionalidad, ensayando ejercicios de plasticidad interpretativa de la normativa infraconstitucional *conforme a la Constitución*. En otras palabras, cuando un precepto pueda consentir varias interpretaciones (alguna/s que pudiera/n conducir a la inconstitucionalidad, otra/s a la constitucionalidad), a la luz del axioma de interpretación conforme habría que preferir la que resulte más sustentablemente compatible con la Ley básica. Un ejemplo podría ubicarse en lo resuelto en “Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa —Causa N° 1.681—”⁷¹⁸, de 20 de septiembre de 2005, donde la Corte —por mayoría—⁷¹⁹ se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del art. 456 del C.P.P.N. y, a cambio, le otorgó una lectura hermenéutica que el propio Tribunal manifestó se compadecía con la C.N., la CADH y el PIDCP⁷²⁰.
- Cierta pronunciación en el que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando una construcción argumental que deja algún espacio para intuir *un acercamiento al plano del deber del legislador de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa* nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del Tribunal en materia previsional (se trata del multicitado caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios” [2005]).
- En un caso complejo emitió una suerte de *sentencia interpretativa desestimatoria* en el ámbito de la “pesificación” de los depósitos bancarios dispuesta por el Gobierno nacional, rechazando el planteo de inconstitucionalidad que por vía de amparo había formulado el titular de una caja de ahorro en dólares contra el Decreto N° 214/02⁷²¹ y sus normas complementarias. Interpretó a este conjunto normativo como *conforme a la Constitución*, ponderando las graves consecuencias que una evaluación de la normativa de pesificación contraria a ésta podría producir. Paralelamente, *con tono*

717 B.O. de 5 de diciembre de 2006.

Debe recordarse que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo fue creada como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

718 *Fallos*, 328:3399.

719 La mayoría estuvo compuesta por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Por su parte, en votos concurrentes lo hicieron los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

720 Ver al respecto los consids. 34, párrafo 2°, de la mayoría y 14, párrafo 2°, del voto de la ministra Argibay.

721 B.O. de 4 de febrero de 2002.

activista y en cierto punto aditivo, diseñó un criterio normativo aplicable al caso (mas con fuerza expansiva hacia otros) al declarar el derecho del actor a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) hasta el momento de su pago, más la aplicación de intereses a la tasa de 4% anual sobre el monto así obtenido. Se trata del caso “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1.570/01 y otro s/ Amparo Ley 16.986”⁷²², de 27 de diciembre de 2006, resuelto por mayoría⁷²³.

- Sentencias en las que *modula temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza*. Así por ejemplo, en la citada causa “Rosza” (2007) para evitar la retrogradación de innumerables juicios, en una importante causa descalificó por inconstitucional la Resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación sobre la controvertida cuestión de los “jueces subrogantes”, aunque para sortear una eventual regresión de numerosísimos procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia, diagramó una *sentencia “atípica” de “mera inconstitucionalidad” con efectos pro futuro*, o sea, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegaran sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente.

III. El proceso de rediseño institucional y material del Tribunal

1. Consideraciones preliminares

Naturalmente, la lectura de las pautas trasuntadas por la Corte en los fallos abordados en la reseña desmenuada a lo largo de este título undécimo de la indagación debe ponerse en su justo quicio, pues varios de los casos relevados han sido concebidos en distintas épocas y con diversas integraciones del Tribunal.

722 *Fallos*, 329:5913.

723 Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: el voto que encabeza el fallo correspondió a los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni; concurrentemente, con ampliación de fundamentos, se expidió el ministro Lorenzetti; por su parte, el juez Fayt también votó de manera coincidente; y, finalmente, la ministra Argibay, si bien concordó con la parte resolutive propuesta por la mayoría, arribó a ella por camino diverso al propugnar la inconstitucionalidad del Decreto N° 214/02.

La profunda renovación de sus componentes entre 2003 y 2004, dando lugar a la incorporación de cuatro (4) nuevos miembros (Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay) que se sumaron a quienes ya integraban el Tribunal (Petracchi, Fayt y más recientemente, en 2002, Maqueda), permite guardar una cierta dosis de optimismo en cuanto a que la Corte (hoy sin los extintos jueces Argibay y Petracchi) continuará dando pasos (aunque tal vez no demasiado vertiginosos) de avance cualitativo para enfrentar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Creemos que este último razonamiento esperanzado no cae (al menos rotundamente) en la ingenuidad ni en la utopía, desde que ya con algunos de sus nuevos componentes el Supremo Tribunal —no sin ciertos lunares— ha dado muestras de amplitud de criterio y superación de posiciones vetustas en el campo de la fiscalización constitucional, así como también ha denotado una marcha jurisdiccional que exhibe una matriz de activismo comprometido en ese contexto.

Varios de los factores reseñados en otros sectores de este trabajo (v. gr., la última reforma constitucional y su impacto en los derechos humanos y el crecimiento cuantitativo y cualitativo de las exigencias que impone la interrelación del derecho internacional y el derecho interno⁷²⁴), sumados a otros condimentos como los requerimientos del Estado Constitucional, el citado remozamiento de los miembros del Tribunal y la tesonera búsqueda por parte de éste en cuanto a relegitimarse socialmente⁷²⁵, tipifican el escenario en el que la CSJN debe moverse y direccionar sus líneas jurisprudenciales.

El temperamento impreso por ella a complejos casos de trascendencia institucional y las señales emanadas de diversas acordadas que ha sancionado, fundamentalmente en el espacio temporal de actuación de su renovada integración, reflejan el proceso de reconfiguración institucional y material en el que se encuentra inmersa.

Ello en busca de reafirmar su rol como cabeza de “Poder” y de concentrar sus esfuerzos en cuestiones de textura constitucional para ejercer la función jurisdiccional que cataloga como “eminente”.

724 Sobre este tópico compulsar de BAZÁN, Víctor, por ejemplo, “La protección de los derechos humanos en la visión del órgano máximo de justicia constitucional de Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 77-122.

725 El Alto Tribunal, a partir de su renovada integración, ha intentado despegarse de la “vieja Corte”, casi mecánicamente asociada en la percepción popular a la denominada “mayoría automática”, que en no pocos ni insignificantes fallos avaló de manera sistemática la política del expresidente de la Nación Carlos S. Menem (que gobernó el país en los períodos 1989-1995 y 1995-1999). Se patentiza, así, la búsqueda de la “nueva Corte” por “legitimarse” ante la sociedad, dando muestras de independencia y fortaleza para sumar respeto y credibilidad.

2. Imágenes del redimensionamiento del Tribunal

Una constatación empírica surgida de la observación de la praxis del Alto Tribunal permite verificar que ha comenzado o intensificado su movimiento (según corresponda), en orden a:

- Recurrir con mayor frecuencia a *variantes “atípicas” de sentencias* (de acuerdo con lo anticipado).
- *Modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad* que realiza, dando paso a una interpretación previsoras; *generar relaciones dialógicas* con otros poderes de los Estados Nacional o Provinciales, en el marco de una dinámica institucional constructiva y una lógica interactiva, *dirigiéndoles comunicaciones, encargos o exhortaciones*.
- Dar pasos hacia delante en el territorio de la *inconstitucionalidad por omisión* (remitimos a todo lo dicho hasta aquí).
- Despejar toda duda respecto de la viabilidad del ejercicio de los *controles de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*. En cuanto al primero de ellos, sobre todo en “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ Quiebra”⁷²⁶, y más recientemente en el citado caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios” (2012)⁷²⁷. Acerca del segundo, puede compulsarse el nombrado caso “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo” (2010) y la causa “Rodríguez Pereyra” que acabamos de nombrar, debiendo advertirse que ambos pronunciamientos aluden tanto a la inconventionalidad como a la inconstitucionalidad oficiosas.
- Profundizar el *repliegue de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*, estrangulándose así las hipótesis en que la Corte contrae la virtualidad de su atribución-deber de ejercer el control de constitucionalidad, proceso que se viene desarrollando incluso con anterioridad a su presente composición (ya fueron mencionadas varias causas en tal sentido).

726 *Fallos*, 327:3117, de 19 de agosto de 2004.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco; al tiempo que en voto concurrente se expidió el juez Petracchi.

727 Recientemente, el 6 de marzo de 2014, la Corte emitió un decisorio en el que si bien dijo seguir la línea de “Rodríguez Pereyra” (e incluso citó algunos de sus párrafos), no se privó de formular algunas matizaciones al control de constitucionalidad *ex officio*, en función de las particularidades del caso. Nos referimos a la causa ‘M.1391.XLVII’, “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ Despido”.

En ella se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que la jueza Argibay lo hizo por su voto.

- *Evitar estratégicamente el control de constitucionalidad (mutatis mutandis, en el marco de la técnica de la “evitación” o avoidance doctrine según el derecho norteamericano) dado el tiempo transcurrido hasta el momento de pronunciarse en casos de trascendencia institucional, y recurrir a una hermenéutica que prefigure las consecuencias e implicancias que en el sistema provocaría semejante ejercicio de fiscalización constitucional. Por ejemplo, in re “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria”⁷²⁸. Como comentario tangencial y según anticipáramos, debe recordarse que la praxis de eludir cuestiones constitucionales (to avoid constitutional issues) que exhibe la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. es parte basilar de su doctrina del *judicial self-restraint*⁷²⁹.*
- Depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el ámbito de los recursos ordinarios de apelación ordinaria en materia previsional, específicamente en el importante —y ya nombrado— caso “Itzcovich”.
- Diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria (por ejemplo en la calificación del concepto de “causa civil”) y, en el contexto de aquella, fijar determinadas pautas para no frustrar el adecuado y oportuno ejercicio de su jurisdicción constitucional. Ello se verifica, por caso, in re “Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios”⁷³⁰, en el que el Tribunal abandona la línea que venía aplicando desde el precedente “De Gandia, Beatriz I. c/ Provincia de Buenos Aires”⁷³¹.
- Reivindicar su rol institucional como cabeza de uno de los poderes del Estado.

728 *Fallos*, 330:855, de 15 de marzo de 2007.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y en moción individual lo hizo la ministra Argibay.

729 Entre la nutrida doctrina sobre el particular puede verse, por ejemplo, ROTUNDA, Ronald D. y NOWAK, John E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Tº 5, 3ª ed., West Group, Saint Paul (Minn.), 1999, pp. 245 y ss.

730 *Fallos*, 329:759, de 21 de marzo de 2006.

El fallo exhibe el voto coincidente de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

Siguen la línea de “Barreto”, por ejemplo, las causas “Contreras, Carlos Walter c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, de 18 de abril de 2006 (*Fallos*, 329:1311) y “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Provincia de Santa Fe s/ Daños y perjuicios” (*Fallos*, 329:1603), de 9 de mayo de 2006. Ambos pronunciamientos llevan las firmas concordantes de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

731 *Fallos*, 315:2309, de 6 de octubre de 1992.

Los posicionamientos de los votantes de la Corte en su integración de entonces fueron los siguientes: la mayoría quedó compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Nazareno; mientras que en disidencia conjunta se expidieron los jueces Levene (h.), Fayt y Barra.

- Abrir canales de participación popular que puedan llevar a una mayor democratización del debate en cuestiones dilemáticas, conflictivas y de envergadura constitucional, a través de la figura del *'amicus curiae'* (originariamente por medio de la Acordada N° 28/2004⁷³², luego derogada por la vigente Acordada N° 7/2013⁷³³) y del *procedimiento de audiencias de carácter público* (Acordada N° 30/2007⁷³⁴).
- Por medio de este tipo de instrumentos (acuerdos) también ha trasuntado su decisión de: *transparentar el ejercicio de la función jurisdiccional e incrementar la publicidad de su funcionamiento para abastecer la pauta de publicidad inherente al sistema republicano* (Acordadas N°s. 35/2003⁷³⁵, 37/2003⁷³⁶, 2/2004⁷³⁷, 7/2004⁷³⁸ y 29/2008⁷³⁹); *instrumentar su compromiso institucional como cabeza de poder en el marco de la protección de los derechos humanos* (Acordadas N°s. 17/2005⁷⁴⁰; 5/2006⁷⁴¹; 14⁷⁴², 16⁷⁴³, 22⁷⁴⁴ y 24⁷⁴⁵ de 2007; y 10⁷⁴⁶ y 42⁷⁴⁷ de 2008); e, *inter alia*,

732 De fecha 14 de julio de 2004, dictada por mayoría.

Contó con la rúbrica aprobatoria de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; y las disidencias de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez.

733 De 23 de abril de 2013. Fue suscrita por la totalidad de los miembros de la CSJN de ese entonces: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

734 Dictada el 5 de noviembre de 2007 y firmada por todos los integrantes del Tribunal en esa época: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

735 De 11 de diciembre de 2003. Fue rubricada por los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Maqueda y Zaffaroni. Por su voto, se pronunció el ministro Vázquez.

736 Fechada el 18 de diciembre de 2003 y signada por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

737 De 11 de febrero de 2004 y firmada por los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

738 De fecha 24 de febrero de 2004 y rubricada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

739 Dictada el 28 de octubre de 2008 con la signatura de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

740 Fechada el de 2 de agosto de 2005 y suscrita por los ministros Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

741 De 3 de abril de 2006. Lleva las firmas de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

742 De fecha 11 de julio de 2007. Fue sustentada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

743 De 17 de julio de 2007, con las rúbricas de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

744 De 4 de septiembre de 2007, con las firmas de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y el voto concurrente de la ministra Argibay.

745 De 18 de septiembre de 2007, signada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

746 Dictada el de 22 de mayo de 2008. Fue instrumentada con la firma coincidente de los ministros Highton de Nolasco, Maqueda y Argibay; mientras que por su voto se pronunció el juez Fayt.

747 Fechada el 29 de diciembre de 2008 y rubricada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

solidificar la independencia judicial y el ejercicio de la labor que considera eminente: la jurisdicción constitucional (Acordadas N^{os}. 16/2006⁷⁴⁸, 12/2007⁷⁴⁹, 36/2007⁷⁵⁰, 28/2008⁷⁵¹, 36/2009⁷⁵²).

- Reglamentar, también por vía de acuerdo (4/2007⁷⁵³), los escritos de interposición del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por denegación de aquel, como instrumento para exigir a los litigantes el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la jurisdicción constitucional que el Tribunal define como eminente.

Enfocados individualmente o en interrelación, los factores indicados no son sino señales que —más sostenidamente a partir de la composición que se perfiló fundamentalmente entre 2003 y 2004 (hoy con las bajas de los fallecidos ministros Argibay y Petracchi)— emite la Corte para fortalecer su presencia institucional en el esquema republicano de distribución de funciones.

3. La priorización de su labor como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional

Todo lo expuesto desnuda la idea de la Corte en punto a reforzar su papel de intérprete supremo de la Constitución y racionalizar sus fuerzas y recursos para dedicarlos esencialmente al tratamiento de cuestiones constitucionales sustantivas, es decir, que le permitan no entretenerse en asuntos menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que cataloga como fundamental en su quehacer: *mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional*.

Incluso, escapando del clásico molde en el que se forjaron los rasgos del control difuso de constitucionalidad, algunos de sus fallos proyectan *efectos generales en materia*

748 De 30 de mayo de 2006, suscrita por los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Zaffaroni y Argibay.

749 Firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay. Emitida el 3 de julio de 2007.

750 De 14 de diciembre de 2007, fue rubricada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

751 Dictada el 28 de octubre de 2008 y signada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

752 Con las firmas de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay, fue sancionada el 9 de septiembre de 2009.

753 Fue dictada el 16 de marzo de 2007 con las rúbricas de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que por su voto se pronunció el juez Fayt. En cierto punto fue modificada por las acordadas N^o 38/2011, de 29 de diciembre, firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay (que dispuso que a partir de 1 de febrero de 2012 la CSJN utilizaría papelería en formato de hoja A4); y N^o 3/2012, de 4 de abril, suscrita por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Marchi y Argibay (que, en cuanto a lo que aquí interesa, extendió el domicilio electrónico a las presentaciones en que se promoviera el recurso extraordinario federal, reglamentadas precisamente por la Acordada N^o 4/2007).

constitucional y procesal constitucional, por ejemplo, los varias veces citados casos “Badaro” y “Halabi”, sin olvidar a “Itzcovich”.

En relación con el tema, más recientemente y según el propio Tribunal desliza, como producto de una *interpretación constitucional y convencional* del art. 86, inc. 2°, del Código Penal de la Nación, encontramos a la solución impresa en la nombrada causa “F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva” (2012), en torno a distintos aspectos del supuesto de aborto no punible por ser fruto de una violación, contenido en el art. 86, inc. 2°, del C.P.N.⁷⁵⁴ El resultado de la operación hermenéutica provoca *efectos generales, desbordando el caso concreto*.

En definitiva, si pensáramos en prospectiva tal vez pudiera conjeturarse que *nuestro sistema constitucional avanza funcionalmente en la línea de procrear un modelo mixturado de fiscalización constitucional*. Desde luego, sin abdicar del componente difuso o desconcentrado que ha caracterizado desde siempre el esquema de control de constitucionalidad argentino.

Lo anticipado se ubicaría —como ya insinuáramos— en un escenario iuscomparado signado (fundamentalmente en América Latina) por la “hibridación” de los sistemas de control de constitucionalidad, que ha abierto paso a numerosas fórmulas de combinación de los modelos, otrora puros, “europeo, austríaco⁷⁵⁵, kelseniano o concentrado” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) y “americano o difuso” (*Judicial Review of Legislation*).

754 El art. 86 del C.P.N. establece en su parte pertinente:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: “[...] 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Justamente la parte en *italica* fue la que interpretó la Corte Suprema en el caso al que brevemente referimos en el texto.

755 Corresponde aclarar que si bien a este sistema de control de constitucionalidad suele identificárselo, entre otras denominaciones y como se aprecia en el texto, como “austríaco” por ser una de las designaciones más extendidas en la doctrina y la jurisprudencia, meses antes de la implementación del sistema de justicia constitucional en la Constitución austríaca de 1920 (comienzos de octubre), se había instaurado la Carta constitucional de la República de Checoslovaquia (a fines de febrero de ese año), con un Tribunal Constitucional de efímero funcionamiento. Naturalmente, ambos esquemas son recipiendarios del pensamiento de Hans Kelsen en torno al tribunal constitucional como legislador negativo. Incluso, y a modo de matización, no deben perderse de vista ciertos datos significativos a la hora de auscultar el nacimiento del control concentrado de constitucionalidad en Europa. Así, la Constitución suiza de 1874 consagró un sistema confederal (que gradualmente viró hacia el federalismo) y, a los fines de aplicar la supremacía de la Federación respecto de los cantones, previó la atribución de una Sala del Tribunal Supremo en punto a anular las leyes cantonales. Esta técnica (precedencia del derecho federal sobre el estatal o cantonal, que obviamente y *mutatis mutandis* supusiera una preocupación y una actividad constantes de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU.), fue extrapolada a Alemania y recogida en la conocida Constitución de Weimar de 1919. Luego vino el conocido caso de Austria que, al elaborar su Constitución de 1920, no sólo se planteó la necesidad de que un Tribunal Constitucional estuviera en posición de anular las leyes de los *länder* que fueran contrarias a la Constitución, sino también las de hacer lo propio con leyes de estos que contravinieran el reparto de competencias establecido constitucionalmente (sobre este tema, ver para ampliar, AJA, Eliseo, op. cit., “Prólogo”, en AJA, Eliseo [ed.], *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, pp. XV-XVII, y particularmente en lo referido al presente párrafo, p. XV).

TÍTULO DUODÉCIMO

**ANÁLISIS DE LAS EXPERIENCIAS
EN EL DERECHO COMPARADO (I).
PRESCRIPCIONES
CONSTITUCIONALES NACIONALES
QUE CONTEMPLAN LA FIGURA**

I. Brevísima explicación preliminar

Tal como anunciábamos y siempre tomando en consideración que *el derecho propio no es el único posible*⁷⁵⁶, a partir de la presente parte del trabajo (con proyección hacia otras por venir) emprenderemos un recorrido por el derecho comparado para detectar la existencia de ciertas soluciones dispensadas desde la *normativa constitucional* (ya nacional, ya local o provincial), la *subconstitucional o legal*, y la vertiente *jurisprudencial*, conectadas con la posibilidad de corregir las omisiones inconstitucionales.

En este capítulo, se analizarán los escenarios jurídicos nacionales que han positivado expresamente la figura en sus respectivas constituciones. Salvo el caso de la desaparecida Yugoslavia, el resto de las experiencias que se abordarán están vigentes, aunque en el caso húngaro el panorama de la cuestión presenta matices particulares que serán debidamente señalados.

756 Paráfrasis de la afirmación de GORLA, Gino, en el libro colectivo dirigido por CASSESE, Sabino, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 91-92; cit. por CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en "Estudio introductorio" a la obra *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

CAPÍTULO

I

**LA (HOY EXTINTA) REPÚBLICA
SOCIALISTA FEDERATIVA DE
YUGOSLAVIA**

I. Advertencia previa

El presente capítulo será muy breve en comparación con varios de los restantes, debido a que la República Socialista Federativa de Yugoslavia ha dejado de existir, pese a lo cual es conveniente y significativo efectuar siquiera una apretadísima referencia a tal contexto jurídico porque justamente allí se configuró el *primer antecedente de una Constitución que implementara expresamente en el ámbito nacional un sistema formal de inconstitucionalidad por omisión*.

II. Sumaria presentación de la previsión constitucional en la materia

Tal como adelantábamos la figura fue institucionalizada en la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 21 de febrero de 1974.

En efecto, su art. 377 establecía:

“Si el Tribunal Constitucional 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”.

Se adjudicaba así al Tribunal Constitucional (creado en 1963) la fiscalización de oficio no sólo respecto de la ausencia de normas requeridas por la Constitución, sino también ante la inexistencia de disposiciones exigidas para la ejecución de las leyes federales o, más ampliamente, de actos generales federales. Ello sintonizaba con el pensamiento que los constituyentes yugoslavos tenían sobre el Tribunal Constitucional, concepción reflejada por Edvard KARDELJ, presidente de la Comisión de Coordinación —que estuvo a cargo de elaborar el Anteproyecto de Constitución— en su discurso ante la Asamblea Federal⁷⁵⁷.

En tal ocasión sostuvo: “*La Cour constitutionnelle ne saurait être un organe purement judiciaire qui se contenterait d'examiner, de manière statique et d'un point de vue juridique formel, les phénomènes et problèmes en matière d'organisation*

757 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, p. 140.

*constitutionnelle [...] Dans ce sens, la Cour constitutionnelle prendra, avec la souplesse voulue, des initiatives politiques*⁷⁵⁸. Según nuestra traducción libre, el mensaje era: “El Tribunal Constitucional no puede ser un órgano puramente judicial que se limitaría a examinar, de manera estática y desde un punto de vista jurídico formal, los fenómenos y problemas en materia de organización constitucional [...]. En este sentido, el Tribunal Constitucional adoptará, con la flexibilidad necesaria, las iniciativas políticas”.

Como con razón puntualiza FERNÁNDEZ SEGADO, “*la referida concepción era perfectamente coherente con la visión que de la justicia constitucional se tenía en los países socialistas; de acuerdo con la misma, se subrayaba la trascendencia del control ‘positivo’ de constitucionalidad de las leyes*. Mientras en los países occidentales el control se presentaba como una fiscalización esencialmente ‘negativa’, en la medida en que permitía expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos legislativos contrarios a la Constitución, paralizando de esta forma, por así decirlo, las actuaciones del poder legislativo contradictorias con la Norma suprema, *tal visión fue considerada por el pensamiento socialista como absolutamente insuficiente*”.

Se aprecia así que la labor del Tribunal Constitucional se circunscribía a “constatar” que un órgano competente (legislador o los restantes poderes públicos) no hubiere dictado las normas necesarias para poner en ejecución las disposiciones de la Constitución, pese a estar obligado a ello, y posteriormente a “dar conocimiento” de tal situación a la Asamblea, es decir, el órgano legislativo.

En línea con lo que mencionábamos arriba, QUARESMA apunta que el Tribunal Constitucional receptaba también competencia para presentar propuestas al Poder Legislativo para revocar, alterar o crear las leyes necesarias para la plena eficacia de los preceptos constitucionales establecidos⁷⁵⁹, 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”⁷⁶⁰ que pareciera haber otorgado al Tribunal el artículo 377 constitucional.

Para finalizar esta mínima referencia y como se ha puntualizado, al margen de la determinación del Tribunal de Garantías Constitucionales de informar a la Asamblea de la República sobre la omisión en cuestión, tanto este Tribunal como los

758 Cfr. ZAKRZEWSKA, Janina, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États socialistes”, en *Res Publica. Revue de l’Institut Belge de Science Politique*, vol. XIV, N° 4, 1972, pp. 771 y ss., en concreto, p. 777; referido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit. en nota anterior, p. 140, llamada 11 a pie de página.

759 QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, p. 54.

760 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 246.

Tribunales Constitucionales de las repúblicas y de las provincias autónomas, podían iniciar *ex officio* un proceso encaminado a verificar el control constitucional y, en los supuestos de omisión, no sólo informar a la Asamblea de ese hecho, sino también intervenir con vistas a la superación de la omisión legislativa mediante la presentación a las asambleas respectivas de propuestas de elaboración o modificación de leyes, o a través de la adopción de cualesquiera otras medidas encaminadas a garantizar la constitucionalidad y la legalidad⁷⁶¹.

761 Cfr. Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: “A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslávia”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N^{os}. 29-30, Lisboa, 1987, p. 94.

CAPÍTULO

II

PORTUGAL

I. Las previsiones constitucional e infraconstitucionales

El control de constitucionalidad en Portugal tiene características particulares en relación con otros países europeos. En efecto, los tribunales ordinarios no son ajenos a tal tarea fiscalizadora sino que poseen competencia plena para juzgar y decidir en cada caso las cuestiones constitucionales planteadas. Sus resoluciones son recurribles ante el Tribunal Constitucional, cumplidos los requisitos establecidos normativamente, el que decide definitivamente los procesos de desaplicación de normas con fundamento en inconstitucionalidad (también en ilegalidad) asumiéndose como un órgano de cúpula al que compete específicamente administrar justicia en materias de naturaleza jurídico-constitucional (actual art. 221 de la Constitución), en el marco de un sistema de control constitucional *difuso en la base y concentrado en la parte superior* (“*difuso na base e concentrado no topo*”).

De su lado, la Constitución portuguesa, promulgada el 2 de abril de 1976⁷⁶² (dos años después del proceso conocido como la “Revolución de los claveles”), institucionalizó la figura de la inconstitucionalidad por omisión plasmándola en el art. 279.

Aunque con algunas innovaciones y pese a que se llegó a postular su eliminación, aquella fue mantenida en la primera revisión de la Ley fundamental, operada en 1982. En ella, como tendremos ocasión de apreciar, se suprimieron el Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional, que intervenían en el proceso de fiscalización de la omisión inconstitucional, instituyéndose un Tribunal Constitucional. Además, la norma fue renumerada quedando encapsulada en el art. 283.

Básicamente, los cambios producidos entre las previsiones de los textos constitucionales de 1976 y 1982 son cuatro y, como se ha sostenido, ellos no se refieren a la *naturaleza del control* sino a las diferencias de *naturaleza de los órganos encargados de tal contralor*, mismas que obedecen al pasaje de un control político a otro esencialmente jurisdiccional. Las modificaciones son: *i*) en la primera el control correspondía al Consejo de la Revolución, órgano que podía hacerlo de oficio, como garante del cumplimiento de la Constitución (arts. 146, ‘b’, y 279); mientras que el texto actual carece de una iniciativa de ciertos órganos (art. 284, 1); *ii*) el Consejo de la Revolución decidía previo dictamen de la Comisión Constitucional (art. 284,

762 Para un repaso de varias cuestiones institucionales interesantes contenidas en la citada Ley fundamental, puede verse TAJADURA TEJADA, Javier (coord.), *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, CEPC, Madrid, 2006.

'b'); al tiempo que hoy el Tribunal Constitucional evalúa sólo por sí mismo; *iii*) en la redacción anterior, comprobada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, se dirigía una recomendación a los órganos legislativos competentes (art. 279); distinto de lo que sucede ahora ya que el Tribunal Constitucional se limita a dar aviso de la omisión al órgano legislativo competente (art. 283, 2); y *iv*) en la antigua configuración constitucional, el Consejo de la Revolución no estaba obligado sino facultado a formular la recomendación, por lo que, como solamente a través de ella se verificaba la inconstitucionalidad por omisión, podía así ésta, pese al proceso, no ser declarada; distinto de lo que acontece actualmente ya que, comprobada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional debe comunicar la omisión al órgano legislativo, además de que su sentencia es publicada en el *Diário da República* (art. 119, 1, 'g')⁷⁶³.

Posteriormente, la figura sólo ha sufrido una leve modificación propulsada por la reforma producida en 1989, donde se sustituyó la frase "asambleas regionales" por la de "asambleas legislativas regionales".

Por su parte, el instituto no fue alcanzado por las revisiones constitucionales de 1992 (que tuvo como propósito la adecuación de la Constitución lusa al Tratado de la Unión Europea) ni de 1997, aunque en ésta —como expresa VAGLI— algunos proyectos —que no fructificaron— preveían la ampliación del catálogo de sujetos legitimados para solicitar el control por omisión⁷⁶⁴. En tal sentido, recuerda dicho autor que el proyecto N° 3/VII, presentado el 29 de febrero de 1996 por varios diputados del Partido Socialista, añadía a la lista de legitimados a: un décimo de los diputados del Parlamento que estuvieran efectivamente en funciones, un número de ciudadanos electores no inferior a cinco mil (5.000) y, por violación a los derechos de las regiones autónomas, un décimo de los diputados de las respectivas asambleas⁷⁶⁵. Otro proyecto, el N° 7/VII, presentado por dos diputados del mismo Partido el 1 de marzo de 1996, establecía que por violación a los derechos de las regiones autónomas podían requerir el control por omisión un décimo de los diputados de las correspondientes asambleas o un número de electores no inferior a un mil (1.000)⁷⁶⁶.

763 Cfr. MOURA LOUREIRO DE MIRANDA, Jorge Manuel, "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão", *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v. 14, N° 1, janeiro-junho de 2012, pp. 20-21.

764 VAGLI, Giovanni, "Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo", en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. III, Coimbra Edit., Coimbra, 1998, p. 1095, nota 28.

765 Ídem.

766 Ídem.

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 evalúa 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 verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente”.

Porsu parte, la Ley N° 28/1982, de 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional⁷⁶⁷, se refiere específicamente a la temática de la inconstitucionalidad por omisión en los arts. 67 y 68.

Tales normas quedan emplazadas en la sección IV (justamente bajo el epígrafe de ‘Procesos de control de la inconstitucionalidad por omisión’), dentro del subcapítulo I (‘Procesos de control abstracto’), del capítulo II (‘Procesos de control de constitucionalidad y de legalidad’), del título III (‘Proceso’).

En cuanto a las pautas reguladoras del control sobre las omisiones inconstitucionales, además de la caracterización general y sucinta formulada en los mencionados arts. 67 y 68, la Ley efectúa una remisión complementaria a lo dispuesto en la sección anterior (III), bajo el rótulo de ‘Procesos de control sucesivo’, es decir, concretamente a los arts. 62 a 65, pues el art. 66 (referido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad) queda excluido del aludido reenvío.

II. Pautas procedimentales

En función de lo estipulado por los arts. 283 de la Constitución y 67, 68 y 62 a 65 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), las características salientes del procedimiento a seguir para el análisis de los planteos de inconstitucionalidad por omisión son las que se presentarán a continuación.

En primer lugar, debe aclararse que las solicitudes de evaluación de la inconstitucionalidad por omisión pueden ser planteadas en todo momento (art. 62.1

⁷⁶⁷ Modificada por las Leyes N°s 143/1985, de 26 de noviembre; 85/1989, de 7 de septiembre; 88/1995, de 1 de septiembre; y 13-A/1998, de 26 de febrero; además de la Ley Orgánica N° 1/2011, de 30 de noviembre.

de la LTC). El plazo para que la Secretaría proceda a incoar y presentar el pedido al Presidente del Tribunal es de cinco (5) días, y el de éste para decidir acerca de su admisión es de diez (10) días (art. 62.2, *Ibid.*). Por su parte, el margen temporal que se acuerda al actor para que supla las deficiencias de su articulación es también de diez (10) días (art. 62.3, *Ibid.*).

Junto a la respuesta del órgano omitente o transcurrido el plazo fijado al efecto sin que aquella hubiera sido recibida, se entregará una copia de los autos a cada uno de los jueces, acompañada de un memorando en el que el Presidente formulará las cuestiones previas y de fondo a las que el Tribunal deberá responder, así como también cualesquiera elementos documentales reputados de interés (art. 63.1, *Ibid.*).

Transcurridos quince (15) días desde la entrega del memorando, los pasos sucesivos serán los siguientes: sometimiento del memorando a debate, fijación de la orientación del Tribunal sobre las cuestiones por resolver y distribución a un relator designado por sorteo o por el Presidente, si el Tribunal así lo decidiera (art. 63.2, *Ibid.*).

Una vez admitido el pedido, cualquier otro con objeto idéntico que sea igualmente aceptado será incorporado al primero de los procesos abiertos al respecto (art. 64.1, *Ibid.*).

A su tiempo, el órgano al que se atribuye la omisión será notificado de los pedidos subsiguientes que se planteen sobre igual objeto, aunque el Presidente del Tribunal o el relator pueden obviar que aquel se expida al respecto, si consideraran que ello resulta innecesario (art. 64.2, *Ibid.*).

El Presidente, el relator o el propio Tribunal pueden requerir a cualesquiera entidades u órganos los elementos que juzguen necesarios o convenientes para analizar el planteo formulado y la decisión del proceso (art. 64-A, *Ibid.*).

Concluido éste, el relator elaborará en el plazo de cuarenta (40) días un proyecto de sentencia acorde con la orientación fijada por el Tribunal (art. 65.1, *Ibid.*), debiendo la Secretaría distribuir copias de tal proyecto a todos los jueces, finalizando el proceso con la entrega al Presidente de la que le corresponde para la inscripción en la lista de la sesión del Tribunal, la que se realizará transcurridos como mínimo quince (15) días desde la distribución de dichas copias (art. 65.2, *Ibid.*).

La LTC aclara que, cuando razones graves lo justifiquen, el Presidente (oído el Tribunal) podrá decidir la abreviación hasta la mitad de los plazos referidos en el art. 65, aps. 1 y 2 —cfr. art. 65.3—.

Cabe recordar que el Tribunal puede pronunciar decisiones positivas, de verificación de la inconstitucionalidad por omisión; o decisiones negativas, de no verificación de tal modalidad de anticonstitucionalidad⁷⁶⁸.

Por último, dictada la decisión correspondiente, si fuera estimatoria, es decir, si el Tribunal verificara la existencia de inconstitucionalidad por omisión, la sentencia tendrá el efecto previsto en el art. 283, 2, de la Constitución, esto es, *se deberá dar conocimiento de ella al órgano legislativo competente* (cfr. art. 68 de la LTC), además de la publicación del pronunciamiento.

III. Algunas particularidades de la figura

De las prescripciones constitucional e infraconstitucionales y de la praxis lusas en torno a la institución, sin obviar algunos aportes doctrinarios, pueden efectuarse determinadas anotaciones para perfilarla.

1. Legitimación

La *legitimación activa* para incoar la acción viene dispensada al Presidente de la República, en su rol de garante del “funcionamiento regular de las instituciones democráticas” (art. 120 de la Constitución)⁷⁶⁹; al Defensor del Pueblo, por su prerrogativa de dar seguimiento a las denuncias de los ciudadanos sea por acción o por omisión (cfr. art. 23, 1, *Ibid.*)⁷⁷⁰; y, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, a los Presidentes de las asambleas legislativas regionales, con la finalidad de dar una mayor tutela a los derechos de

768 Valga evocar que en más de una ocasión se ha sostenido, en los propios Informes del Tribunal Constitucional portugués, que la declaración de la inconstitucionalidad por omisión no posee ninguna eficacia jurídica directa, ya que el Tribunal no puede sustituir al legislador en la creación del régimen legal en falta (cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, Roma, 2001, subap. 2.4., en www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html; “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *XII Conferência dos Tribunais Europeus: As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias*, Bruselas, 2002, subap. II.C, N° 37, en www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html; y, en términos similares, “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *II Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América: Critérios, condições e procedimentos de admissão no acesso à Justiça Constitucional na perspectiva da sua racionalidade e funcionalidade*, Madrid, 1998, subap. II.1.3.3., en www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020302a.html#58).

769 VAGLI, Giovanni, op. cit., “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, pp. 1093-1094 y nota 23.

770 *Ibid.*, p. 1094, nota 24.

estas instituciones, los cuales pueden sufrir perjuicios tanto por comportamientos activos como omisivos⁷⁷¹.

2. El destinatario de la comunicación

El *destinatario* de la comunicación que debe emanar el Tribunal Constitucional es el órgano legislativo competente.

Recuérdese que el citado art. 283, 1, se refiere a la “omisión de las medidas *legislativas* necesarias”, añadiéndose en la parte final de la misma disposición que, una vez verificada la inconstitucionalidad por omisión, “dará conocimiento al órgano *legislativo* competente”.

Es útil advertir que en algunos casos quizás no resulte cuestión pacífica establecer cuál será el órgano legislativo competente, pues como señala VAGLI, no es el Parlamento el único órgano titular del poder legislativo, ya que según el art. 198 de la Constitución (de acuerdo con la numeración introducida por la revisión constitucional de 1997), también el Gobierno tiene una competencia legislativa que puede realizar a través de los decretos-leyes en las siguientes materias: las no reservadas al cuerpo parlamentario; las sometidas a reserva relativa de éste aunque con su autorización para dictar tales decretos-leyes al respecto; y en el ámbito de desarrollo de principios generales contenidos en la ley⁷⁷².

Agrega el citado autor que, además, el art. 112, 1, *Ibid.* (igualmente según la numeración de la revisión citada en el párrafo anterior), determina que “[s]on *actos legislativos las leyes, los decretos-leyes y los decretos legislativos regionales*”, por lo que también las regiones deben considerarse órganos con poderes legislativos⁷⁷³.

Siendo así, y en tanto la notificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión que debe realizar el Tribunal Constitucional es *obligatoria* y *no una mera posibilidad*, en caso de que surja una duda respecto del destinatario de tal comunicación, *deberá dirigirla a todos los órganos legislativos que puedan ser llamados a la causa según el argumento planteado por el sujeto requirente*⁷⁷⁴.

771 *Ibid.*, p. 1094.

El autor citado añade que las únicas dos regiones existentes en Portugal están constituidas por los archipiélagos de Madeira y de las Azores (*Ibid.*, p. 1094, nota 25).

772 *Ibid.*, p. 1103, nota 57.

773 *Ídem.*

774 *Ibid.*, pp. 1103-1104.

También, en este último sentido, GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MARTINS MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, 3ª ed., Coimbra Edit., Coimbra, 1993, p. 1049; aludidos por VAGLI, Giovanni, op. cit., “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, *ídem.*

3. Carácter del control

El carácter de la fiscalización de la constitucionalidad omisiva es abstracto y *a posteriori*, es decir, no preventivo. En otras palabras, a partir de una omisión jurídicamente relevante o trascendente se estimula dicho control a su respecto por el Tribunal Constitucional⁷⁷⁵, que actúa en única y definitiva instancia, o sea que, pese a algunos intentos doctrinarios para atenuar su control abstracto (sobre la base de ensayos interpretativos para habilitar una vertiente concreta de fiscalización), el órgano máximo de la justicia constitucional continúa monopolizando la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales.

4. Presupuestos de funcionamiento y otras características

En un acercamiento básico y preliminar pareciera que las pautas generales para la procedencia de la tipología de control en análisis son: *i*) que el incumplimiento constitucional derive de la violación de una cierta y determinada norma constitucional no autoaplicativa; y *ii*) que no se hayan dictado las medidas legislativas necesarias para darle operatividad.

A primera vista podría concluirse que el sistema portugués ha consagrado constitucionalmente el instituto de la inconstitucionalidad por omisión de una *manera amplia*, activándose ante la ausencia de legislación que lleva a la inexigibilidad de la disposición constitucional concreta (prescriptiva, no simplemente permisiva) *que requiere ineludiblemente la intermediación del legislador*.

Sin embargo, para tener un panorama más acabado del tema puede acudir a la Sentencia N° 474/2002 dictada por el Tribunal Constitucional el 19 de noviembre de ese año, que retomaremos. En dicho pronunciamiento ofrece insumos analíticos interesantes para una más adecuada delineación (y comprensión) de la figura, sosteniendo, *inter alia*, que:

- El criterio doctrinario predominante entiende que el objetivo del art. 283 de la Constitución, al consagrar el instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión, no consiste en pretender que se proceda a una apreciación de los resultados globales de la aplicación de la Constitución sino sólo de una *concreta y específica situación violatoria* de ella, demarcada a partir de una norma suficientemente densificada, a la que el legislador ordinario no le otorgó fuerza ejecutiva.

775 Cfr. MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 517.

- La generalidad de la doctrina entiende también, sin margen de duda, que las *normas constitucionales consagradoras de derechos sociales* pueden fundar la declaración de una inconstitucionalidad por omisión, siempre que se reúnan los presupuestos exigidos.
- La disposición constitucional en que se funda la invocación de la inconstitucionalidad por omisión tiene que ser suficientemente precisa y concreta para que el Tribunal pueda determinar, con seguridad, cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exequibilidad, *sin tener que pronunciarse sobre opciones políticas eventualmente diversas*.
- Así, cuando las posibilidades que deja la Constitución al legislador ordinario son prácticamente ilimitadas, el Tribunal no puede determinar, por medio de criterios estrictamente jurídicos, el incumplimiento del deber de legislar. Y, consecuentemente, como la verificación jurisdiccional de *la inconstitucionalidad por omisión no puede asentarse en un juicio de carácter político*, ella deviene inviable.
- En resumen, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión supone la existencia de *una concreta y específica situación de violación de la Constitución*, demarcada a partir de *una norma adecuadamente densificada*, a la que el legislador ordinario *no confirió exequibilidad de manera tempestiva*.

5. Algunas matizaciones doctrinarias respecto de lo señalado en los dos apartados anteriores (carácter del control sobre la inconstitucionalidad por omisión y presupuestos de funcionamiento)

Para evitar la parcialización del enfoque, debe advertirse que una parte de la doctrina, por ejemplo, PEREIRA DA SILVA, entiende que visualizar la figura de la inconstitucionalidad por omisión exclusivamente asociada, desde un punto de vista material, a la no concretización por el legislador de normas constitucionales no exequibles y, desde un punto de vista procesal, al instituto previsto en el art. 283 de la Constitución, entraña una mirada parcial de la realidad. Es que además de la concretización de normas constitucionales no exequibles, pesan sobre el legislador otros deberes por imperio de la Carta magna: protección de los derechos fundamentales, adecuación de leyes vigentes y restablecimiento de la igualdad vulnerada. Pero asimismo, y como anticipábamos respecto de intentos doctrinarios innovadores en punto a la naturaleza del contralor constitucional por omisión, más allá del proceso de control *abstracto* consagrado en el art. 283 de la Constitución, la inconstitucionalidad por omisión puede y debe ser fiscalizada *en concreto*, al abrigo del art. 204, *Ibid.*, que

dispone que en los casos sometidos a juzgamiento los tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o en los principios en ella consignados. La disposición nombrada en último término atribuiría a los tribunales el poder de apreciar la falta, en el caso *sub judice*, de una norma legislativa impuesta por la Constitución, ya que por efecto de la omisión habría una “norma implícita” contraria a la Ley fundamental que los tribunales deberían inaplicar⁷⁷⁶.

Particularmente en relación con la respuesta negativa de aquel autor a la pregunta de si el control de la inconstitucionalidad por omisión, según la letra del artículo 283 constitucional, queda confinado a la omisión por el legislador de conferir ejecutividad a las normas constitucionales no exequibles por sí mismas, explica que hacer ejecutables las normas constitucionales es, ante todo, garantizar la integridad de la Constitución a través de la emanación de normas legales. Señala también que lo que está en juego en su art. 283 es una concepción positiva del principio de constitucionalidad, que impele al legislador a una defensa activa de la Constitución en su conjunto y no sólo de cierto tipo de preceptos constitucionales. Más allá de eso, pese a que la inconstitucionalidad por omisión no es una categoría unitaria, entiende que no existe una separación rígida entre las modalidades en que se subdivide, siendo más aquello que las une que lo que las separa (la forma concreta como se presente la fuente del deber de legislar). Plantea asimismo que el deber de concretización de las normas constitucionales surge, a veces, combinado con otras obligaciones específicas de actuación, en particular con el deber de restablecimiento de la igualdad violada, pero también con el deber de protección de los derechos fundamentales. Incluso en ocasiones es prácticamente imposible separar el deber de concretización de normas constitucionales de otros deberes específicos de actuación, dada la forma en que están entrelazados en la Constitución⁷⁷⁷.

Consiguientemente, siempre según el doctrinario mencionado, no es desacertado defender la posibilidad de utilizar el medio procesal del art. 283 para controlar inconstitucionalidades por omisión no resultantes específicamente del incumplimiento del deber de concretización de normas constitucionales. Por el contrario, corresponde que el instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión acompañe la evolución de la realidad y, muy en particular, el aumento en cantidad y calidad de las exigencias constitucionalmente dirigidas al legislador. Concluye que una interpretación sistemático-teleológica del art. 283 no conduce, seguramente, a otro resultado⁷⁷⁸.

776 En relación con el funcionamiento del artículo 204 constitucional y la existencia de una “norma implícita” en la percepción de Jorge PEREIRA DA SILVA, ver su obra *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, op. cit., pp. 171 y ss.

777 *Ibid.*, p. 145.

778 *Ídem*.

Sin perjuicio de coincidir en algunos puntos con el autor glosado, no en otros (como su enfoque sobre la existencia de una “norma implícita” que surgiría de la preterición inconstitucional), vale subrayar que en general la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha receptado tales aportes.

6. Efectos de la sentencia (“Acórdão”)

Verificada que fuese la omisión inconstitucional, el Tribunal “dará conocimiento al órgano legislativo competente” (cfr. artículo constitucional 283, 2, y art. 68 de la LTC).

Cabe recordar, como anunciáramos, que en la redacción primigenia del texto constitucional (art. 279), se preveía que el Consejo de la Revolución⁷⁷⁹ (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 “tiempo razonable”— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales. A su vez, aquella norma se ligaba con el art. 146, ‘b’, *Ibid.*, por virtud del cual correspondía al mencionado Consejo, en su calidad de garante de la observancia de la Constitución, velar por la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas constitucionales, tarea para la cual podía formular recomendaciones⁷⁸⁰.

Por su parte, en el antiguo esquema, la Comisión Constitucional era un órgano auxiliar del Consejo de la Revolución, específicamente destinado al control constitucional⁷⁸¹. Le competía emitir opinión en el ámbito del contralor preventivo, del abstracto sucesivo y *de la inconstitucionalidad por omisión*⁷⁸². Al mismo tiempo, actuaba como órgano jurisdiccional supremo en materia de fiscalización judicial de constitucionalidad, correspondiéndole decidir en última instancia, en forma de sentencia, de los recursos interpuestos contra las decisiones de los tribunales que recusasen la aplicación de normas por razón de inconstitucionalidad y, también, de las decisiones de los tribunales que aplicasen normas anteriormente consideradas inconstitucionales por la Comisión⁷⁸³.

779 El Consejo de la Revolución era un órgano político-militar formalmente garante del funcionamiento regular de las instituciones democráticas y, en la realidad política, órgano de caución de las supuestas esencias de la revolución de abril de 1974 (cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en BAZÁN, Víctor [coord.], *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 26).

780 *Ibid.*, p. 26, nota 57.

781 Ver “Tribunal Constitucional. Historia” (www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal02.html).

782 Ídem.

783 Ídem.

Luego de la digresión para ubicar institucionalmente al tándem Consejo de la Revolución - Comisión Constitucional en el anterior modelo portugués, y retomando el cauce argumental prefijado, se aprecia que dicho art. 279 evidencia una cierta influencia del sistema previsto por el art. 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia (*vid. supra*), idea que se refuerza a poco de reparar en la coincidencia del sesgo ideológico de ambos cuerpos normativos constitucionales (el exyugoslavo 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 art. 2 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”⁷⁸⁴.

Sobre la comparación de la intensidad de la fuerza directiva entre “dar conocimiento” (texto actual) y “hacer recomendaciones” (redacción original), GOMES CANOTILHO ha dicho que “[l]a fórmula del actual art. 283º/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 los actos legislativos necesarios para la exequibilidad de las leyes constitucionales”⁷⁸⁵.

El Tribunal Constitucional, en referencia a los efectos de sus pronunciamientos, ha precisado que el significado *político* de su decisión se hace más evidente en el ámbito del control de la inconstitucionalidad por omisión, pudiendo aquella ser interpretada como una apelación de su parte a los órganos legisferantes⁷⁸⁶.

Sea como fuera, la eficacia práctica de la sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión no es muy robusta y, si nos quedáramos solamente en la literalidad de la prescripción constitucional, el Tribunal Constitucional debería circunscribirse a *poner en conocimiento de las omisiones al órgano legislativo* lo que en

784 Cfr. ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 501. La cita formulada por las autoras a Luis SÁNCHEZ AGESTA corresponde a su *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, p. 414.

785 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1095.

786 Cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, loc. cit., ap. 3, nota 6; haciéndose eco de la aportación doctrinal de GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 972.

principio pareciera coartar cualquier intento jurisdiccional de impelerlo a actuar por medios coercitivos.

Sin perjuicio de tal prevención, debe prestarse mucha atención a las líneas de caracterización que el propio Tribunal Constitucional ha señalado sobre la problemática particular que examinamos⁷⁸⁷:

- Aunque sin eficacia constitutiva posible e incluso sin que prontamente se produzca la aprobación de la normativa legislativa faltante, las decisiones que verifican una inconstitucionalidad por omisión producen siempre un “*efecto a distancia*”: el de señalar institucionalmente la existencia de un mandato constitucional legisferante por cumplir, no dejando de conferir así —en el contexto del debate público— un cierto tipo de legitimidad a las reivindicaciones que estuviera/n realizando el/los sector/es de la sociedad más perjudicado/s por la omisión legislativa, ni en última instancia, de crear condiciones para una eventual responsabilización, en el ámbito de la discusión parlamentaria, de los agentes a cuya inercia pudiera ser imputada la persistencia de la omisión legislativa denunciada en la sentencia.
- Tanto la comunicación obligatoria al órgano legislativo competente, como la también imperativa publicación de la sentencia en el *Diário da República* (art. 119, 1, ‘g’, de la Constitución y art. 3, 1, ‘b’, de la LTC), constituyen relevantes llamamientos a la iniciativa del órgano con competencia para sancionar la norma considerada necesaria para dar exequibilidad a la Constitución, a los cuales tiende a reconocérseles —como vimos— un cierto *significado político y jurídico*.

IV. Balance de la institución y de su utilización jurisprudencial

1. Preludio

En cuanto a la praxis jurisprudencial a su respecto, la figura no ha sido precisamente empleada de una manera muy profusa⁷⁸⁸.

787 Tribunal Constitucional Português, “A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional”, *Relatório Português para o XIVº Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, Vilnius, junho de 2008. Los contenidos citados obran, respectivamente, en pp. 62 y 63 del documento en PDF (ver www.confeconstco.org/reports/rep-xiv/report_Portuguese%20_po.pdf).

788 Al solo efecto ilustrativo, traemos a colación las expresiones de NUNES DE ALMEIDA, quien tomando como ejemplo el año 1997 menciona que sólo se solicitó del Tribunal la verificación de la existencia de

Así, en el período 1976-1982 y bajo el imperio del entonces vigente artículo 279 constitucional en su redacción primigenia, el Consejo de la Revolución utilizó escasamente la competencia que le venía discernida, apenas en dos resoluciones de recomendación a la Asamblea Legislativa para que dictara las previsiones normativas necesarias a los efectos de hacer viable la exigibilidad de diversas disposiciones de la Constitución:

- Una sobre las organizaciones de ideología fascista (Resolución N° 105/1977, de 27 de abril —publicada el 16 de mayo de ese año—), por presunta vulneración del art. 46, 4, de la Constitución (que no permitía organizaciones que adoptaran tal ideología), precepto que según el Consejo podría haber estado siendo violado si existían organizaciones de tal tenor⁷⁸⁹.
- Otra con relación a los trabajadores de servicio doméstico (Resolución N° 56/1978, de 31 de marzo —publicada el 18 de abril del mismo año—), ante la transgresión omisiva del entonces vigente artículo constitucional 53, 'd', atinente a determinados derechos de los trabajadores.

Pese a que sólo dos fructificaron convirtiéndose —como vimos— en resoluciones del Consejo de la Revolución, la Comisión Constitucional elevó a éste seis dictámenes (*'pareceres'*) referidos a la materia de inconstitucionalidad por omisión, a saber⁷⁹⁰: N° 4/1977, de 8 de febrero, sobre derechos de participación de las organizaciones de trabajadores; N° 8/1977, de 3 de marzo, acerca de la participación en la reforma agraria; N° 11/1977, de 14 de abril, sobre organizaciones de ideología fascista (uno de los que el Consejo de la Revolución hizo propio); N° 9/1978, de 14 de marzo, relativo a los trabajadores de servicio doméstico (el segundo, y último, que aceptó el Consejo y convirtió en resolución); N° 35/1979, de 13 de noviembre, en torno a un problema de acceso a la universidad de un joven trabajador y estudiante; y N° 11/1981, de 12 de mayo, atinente al acceso a la enseñanza de los trabajadores y de sus hijos.

inconstitucionalidad por omisión en seis (6) supuestos, de los cuales, solamente en uno (1) se pronunció favorablemente siguiendo una muy cautelosa jurisprudencia al respecto, como queda de manifiesto — en cierto modo— en la Sentencia N° 276/1989, sobre la que volveremos en el texto principal (NUNES DE ALMEIDA, Luís, "Portugal", op. cit., AJA, Eliseo [ed.], *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. 222).

789 Es del caso recordar que con posterioridad y seguramente como consecuencia de la resolución del Consejo de la Revolución en tal sentido, la Asamblea de la República dictó la Ley N° 64/1978, sobre "Disposiciones relativas a las organizaciones fascistas", la que, justamente, en su art. 1 prohibió las organizaciones que perfilaran tal tipo de ideología (su texto puede ser consultado en *Diário da República*, 1ª Série A, N° 230, 6 de outubro de 1978; o en www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0305.html#1).

790 Una referencia al contenido de cada uno de los dictámenes de la Comisión Constitucional puede verse en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 265-267.

2. Recorrido jurisprudencial

Ya con la delimitación competencial actual, es decir, en el período que arranca en 1982, la actividad del Tribunal Constitucional en punto a la fiscalización de las omisiones inconstitucionales tampoco ha sido muy copiosa. De un repaso ilustrativo de ese camino jurisprudencial, pueden resaltarse los precedentes que a continuación serán referenciados⁷⁹¹.

A) *Sentencia N° 182/1989*

Se trata de un importante proceso⁷⁹², relativo a la “defensa contra el tratamiento informatizado de datos personales” (hábeas data). En el fallo, pronunciado el 1 de febrero de 1989⁷⁹³, el Tribunal tuvo “por verificado el no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el N° 4 de su art. 35, necesaria para tornar exequible la garantía que consta en el N° 2 del mismo artículo [en las respectivas redacciones entonces vigentes]”. Asimismo, dispuso comunicar tal constatación a la Asamblea de la República.

Cabe recordar que el art. 35, 4, de la Constitución dispuso que la ley definiría el concepto de ‘datos personales’ para fines de registro informático. Paralelamente, el N° 2 del mismo precepto imponía la prohibición del acceso de terceros a ficheros con datos personales y la respectiva interconexión, como así también los flujos transfronterizos de datos, salvo en casos excepcionales previstos por la ley.

Luego de un repaso de la doctrina portuguesa referida a los lineamientos y demás características centrales del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, el Tribunal advirtió preliminarmente que cuando la Constitución, después de establecer determinado régimen (‘regla’) eximía a “casos excepcionales previstos por la ley” y no se dictaba una ley que determinara los casos excepcionales, no existía, en principio, inconstitucionalidad por omisión. Por tanto, la conclusión era que no había excepciones, porque el legislador ordinario había entendido y decidido no establecerlas.

Sin embargo, prohibiendo aquel N° 2 del art. 35 el acceso de terceros a ficheros con datos personales, salvo en casos excepcionales previstos por la ley, y remitiendo el N° 4, *Ibid.*, a la ley la definición del concepto de datos personales, “es evidente la necesidad de *mediación legislativa o interpositio legislatoris*”, expresada en el N° 4, para definir el

791 Los textos de las sentencias (“Acórdãos”) que se referirán en el texto pueden ubicarse en www.tribunalconstitucional.pt.

792 El Defensor del Pueblo dedujo la petición en tal sentido el 13 de agosto de 1987, desencadenando el Proceso N° 298/87.

793 *Diário da República*, 1ª Série, N° 51, 2 de março de 1989.

concepto de datos personales, con el objeto de tornar plenamente exequible la garantía que constaba en el N° 2.

Señaló a continuación que no habían faltado iniciativas legislativas en el sentido apuntado, enumerando los siguientes proyectos de ley: N° 214/I, de 22 de febrero de 1979, para la creación del Consejo de Defensa de la Privacidad; N° 202/II, de 28 de abril de 1981, sobre la defensa de los derechos del hombre frente a la informática; N° 110/III, de 20 de junio de 1983, con la misma temática que el precedentemente indicado; y N° 372/IV, de 25 de febrero de 1987, con idéntica materia de cobertura que los dos anteriores.

A ellos se unían —siempre en la nómina elaborada por el Tribunal— estas propuestas de ley: N° 97/II, sobre protección de las personas individuales frente a la informática, aprobada por el Consejo de Ministros el 18 de marzo de 1982; N° 75/III, que concedía autorización al Gobierno para legislar en materia de protección de los datos registrados en soporte informático, aprobada el 26 de enero de 1984 por el mencionado Consejo; y N° 64/III, ley de protección de datos, aprobada por éste en fecha 15 de marzo de 1984.

Por último, mencionó además la existencia de la propuesta de resolución N° 13/III (aceptada por el Consejo de Ministros el 24 de abril de 1984) que aprobaba, para su ratificación, el “Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal”⁷⁹⁴.

Luego de reseñar el cúmulo de proyectos y propuestas, el Tribunal aclaró que ninguno de ellos se convirtió en ley, pasando a concluir que se encontraban reunidos en el caso todos los presupuestos o requisitos de existencia de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que se expidió en el sentido indicado al comenzar el análisis de la presente sentencia.

Ésta recibió un comentario laudatorio de MIRANDA⁷⁹⁵, quien, ante el prácticamente nulo uso de la figura, aprovechó la ocasión para expresar que los órganos legitimados para iniciar el proceso de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión (Presidente de la República, Defensor del Pueblo, presidentes de las asambleas regionales en lo que respecta a las regiones autónomas) “bien podrían ser más diligentes y activos en la dinamización de la competencia correspondiente”⁷⁹⁶.

794 Convenio adoptado en 1981 en el marco del Consejo de Europa (Estrasburgo), que entrara en vigor el 1 de octubre de 1985.

795 MIRANDA, Jorge, “Anotação (ao Acórdão N° 182/89 do Tribunal Constitucional)”, *Revista ‘O Direito’*, III, Año 121, 1989, pp. 575-576.

796 Incluso, de *jure condendo* y con vistas a una futura revisión constitucional, MIRANDA se animó a proponer, como modo para revitalizar el instituto y en conexión con la tutela de los derechos

Por último, vale acotar que la Ley de Protección de Datos Personales frente a la Informática (Ley N° 10/91) fue finalmente aprobada el 19 de febrero de 1991, habiendo sido respectivamente promulgada por el Presidente de la Nación y publicada en el *Diário da República* el 9 y el 29 de abril del mismo año.

B) Sentencia N° 276/1989

Fue emitida el 28 de febrero de 1989⁷⁹⁷ y giró en torno al tema de los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos públicos. Si bien el Tribunal verificó una imposición constitucional en el (entonces) art. 120, 3, de la Constitución (en tanto establecía que “la ley determinará los delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos, así como las sanciones aplicables a estos efectos”), decidió desestimar la existencia de omisión legislativa al respecto por cuanto al momento de expedirse el pronunciamiento había sido dictada la Ley N° 34/1987, de 16 de julio, justamente sobre “delitos de responsabilidad de los titulares de cargos políticos”.

Dicha ley contiene seis capítulos. Los cinco primeros se referían sucesivamente a las siguientes materias: “De los delitos de responsabilidad del titular de cargos políticos en general”, “De los delitos de responsabilidad del titular de cargo político en particular”, “De los efectos de las penas”, “De las reglas especiales del proceso” y “De la responsabilidad civil emergente del delito de responsabilidad del titular de cargo político”. Por su parte, el sexto prescribía el momento en que la ley entraría en vigor.

Después de repasar sintéticamente el contenido de la normativa, el Tribunal constató que disciplinaba global, integrada y completamente la materia de los “delitos de responsabilidad” a la que se refería el art. 120, 3, de la Constitución y que, con la emisión de aquel dispositivo legal, quedaba enteramente cumplido el encargo discernido al legislador en dicho precepto constitucional.

Por lo tanto, y paralelamente a reconocer que al momento en que el Defensor del Pueblo se presentó para iniciar el proceso era incontrovertible que el legislador no había emitido norma alguna tendiente a dar ejecución o realización al precepto constitucional en cuestión, el Tribunal concluyó que, ante la emisión de la citada Ley N° 34/1987, no se verificaba ninguna omisión del legislador con referencia a la reglamentación legal que preveía el artículo constitucional 120, 3 [que con la

fundamentales, la introducción de una especie de recurso ante el Tribunal Constitucional contra las decisiones de los tribunales [inferiores] que denegasen derechos no reglamentados o no concretizados legislativamente hasta ese momento. Se trataría, añade, de una fiscalización concreta homóloga a la que ya existía en cuanto a la inconstitucionalidad por acción y no sin semejanza con el *mandado de injunção* de la [por entonces] novísima Constitución brasileña —art. 5, 71— (*Ibid.*, pp. 576-577).

797 *Diário da República*, 2ª Série, N° 133, 12 de junho de 1989.

La pretensión fue promovida por el Defensor del Pueblo, originando el Proceso N° 23/87.

numeración modificada luego de la revisión de 1997 pasó a ser el art. 117, 3, bajo el rótulo general de “*Estatuto dos titulares de cargos políticos*”].

C) *Sentencia N° 36/1990*

En este fallo, de 14 de febrero de 1990, el Tribunal abordó la cuestión relativa a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local⁷⁹⁸, establecidas en el artículo 241, 3, constitucional [figura, la del “Referendo local”, encuadrada en el art. 240, *Ibid.*, a partir de la reenumeración proporcionada por la revisión de 1997], que defería en una ley futura la reglamentación de tales consultas. Dicha ley debía especificar los supuestos, los términos y los efectos de las mismas. Es preciso recordar que en la 1ª revisión constitucional se concedió a los órganos de las autarquías locales el poder de efectuar semejantes consultas directas a los ciudadanos electores, sobre materias incluidas en su competencia exclusiva.

Luego de comprobar que al momento de dictar el pronunciamiento tal ley aún no existía, de lo que podía seguirse la verificación del no cumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa prevista en el N° 3 del mencionado artículo, explicó el Tribunal Constitucional que, sin embargo, en el curso de la 1ª sesión legislativa (1987-1988) de la V Legislatura de la Asamblea de la República fueron presentados tres (3) proyectos de ley sobre el particular: el N° 86/V, de las consultas directas a los ciudadanos electores; el N° 200/V, de idéntico título, y el N° 231/V, de consultas directas a los ciudadanos electores en el nivel local.

Añadió que tales proyectos tuvieron seguimiento, pues el 18 de mayo de 1988 la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías emitió un dictamen en el sentido de que los mismos reunían “las condiciones legales y reglamentarias necesarias para ser analizados por el Plenario de la Asamblea de la República”. Así, dicho Plenario efectivamente los discutió en la sesión de 20 de mayo de ese año, habiendo la Cámara votado su aprobación en general y ordenado que los mismos bajaran a la aludida Comisión para su análisis en particular en el plazo de cuarenta y cinco (45) días.

Por lo tanto, el problema con el que el Tribunal se enfrentaba consistía en determinar si aún así debía considerarse configurada la omisión en cuestión. Para dar forma a su razonamiento, acudió a las enseñanzas de MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, T° II, 2ª ed., 1983, N° 119, VII) para quien desde que se conocen actos

798 *Diário da República*, 2ª Série, N° 152, 4 de julho de 1990.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 9 de enero de 1989, dando origen al Proceso N° 6/89.

positivos tendientes al cumplimiento de la norma constitucional, con un resultado específico tipificado en la Constitución y en el reglamento —la norma o las normas legislativas— debe entenderse que no hay omisión por parte del legislador.

Con tal soporte doctrinario, el Tribunal prosiguió indicando que si bien podía dudarse de que la presentación de un proyecto o propuesta legislativos tuvieran por sí mismos la virtualidad de alejar la posibilidad de existencia de omisión a los fines de su declaración de inconstitucionalidad, tampoco era posible negar que la aprobación aunque fuera en general de ese proyecto o esa propuesta, por principio, debería considerarse suficiente a esos efectos, conclusión a la que no obstaba que al tiempo de la sentencia se hubiese agotado el plazo de cuarenta y cinco (45) días fijado a la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías para el análisis en particular de los proyectos en cuestión, ya que existió una revisión constitucional⁷⁹⁹ que naturalmente había retrasado los trabajos parlamentarios.

En síntesis, decidió tener por no verificada la inconstitucionalidad por omisión que invocaba el Defensor del Pueblo⁸⁰⁰.

Como dato de color, pero también para pulsar el alcance y la vigencia reales del criterio del Tribunal en relación con el tema (incidencia de la existencia de proyectos o propuestas legislativos para determinar si subsistía o no la omisión legislativa

799 El Tribunal hace referencia a la denominada 2ª revisión constitucional, operada en 1989 mediante la Ley Constitucional N° 1/1989, de 8 de julio.

Como anticipábamos, la denominada 1ª revisión constitucional se llevó a cabo en 1982, por medio de la Ley Constitucional N° 1/1982, de 30 de septiembre.

800 Cabe dejar sentado que dos de los magistrados del Tribunal declararon su voto: Mário de Brito y Maria de Assunção Esteves.

Si bien ellos coincidieron con la solución final, en sendas declaraciones de voto discreparon de algunos tramos de la fundamentación del Tribunal. De la lectura de ambas disidencias puede apreciarse que en ellas subyace una posición coincidente cautelosa y restrictiva en cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional para fiscalizar el funcionamiento de la Asamblea de la República.

Así, el primero de ellos sostuvo —en síntesis— que la aprobación en general de un proyecto de ley *es siempre* suficiente (y *no en principio* como sostuvo la mayoría) para alejar la posibilidad de que exista omisión legislativa a esos efectos; además de que el Tribunal no era competente para controlar el funcionamiento de dicha Asamblea.

Por su parte, la segunda de los nombrados expuso —entre otras apreciaciones— que la presencia de iniciativas legislativas con vistas a la creación de una ley sobre consultas directas a los electores en el nivel local (y, con mayor razón, su aprobación en general) constituye un dato exterior, objetivo y relevante, que comprobaba la existencia de la voluntad política de cumplimiento de la imposición constitucional contenida en el art. 241, 3, de la Constitución. A su criterio, se trataba de un hecho que rompía el silencio parlamentario, removiendo, por tal razón, la posibilidad de cualquier juicio de inconstitucionalidad. Asimismo, señaló que en el cuadro de separación de poderes el control interorgánico tiene límites y, así, una vez iniciado el proceso legislativo, el Tribunal no debe pronunciarse sobre los ritmos o plazos del debate parlamentario, ya que —sobre la base del principio democrático— el Parlamento tiene su propia libertad de conformación funcional y política.

inconstitucional), cabe advertir que el autor citado en el decisorio *mudó posteriormente la opinión que sirviera de sustento a la argumentación del Tribunal*.

Es así como en la 2ª edición de su obra, citada en la sentencia en examen, y según la transcripción realizada allí, dijo el catedrático aludido: “Deste modo, *desde que se conheçam actos positivos tendentes ao cumprimento de tal norma constitucional, com um resultado específico tipificado na Constituição e no Regimento —a norma ou as normas legislativas—, deve entender-se que não há omissão por parte do legislador*”.

Sin embargo, en la 3ª edición del libro, MIRANDA señala que: “*Quando ainda nem está aprovado o projecto ou a proposta, continua a dar-se inconstitucionalidade por omissão*. Esta debe apurar-se independentemente de qualquer ‘iter’ conducente ao seu suprimimento, porquanto só conferem exequibilidade a normas constitucionais medidas legislativas actuais e não futuras o potenciais. A observação da prática parlamentar —com dezenas de iniciativas legislativas, sem qualquer seguimento— leva outrossim a esta conclusão”⁸⁰¹.

Con elogiada honestidad intelectual, el autor de mención adopta este criterio que en la edición anterior de la obra consideraba demasiado rígido y, sobre todo, contradictorio con la función del instituto del control de la inconstitucionalidad por omisión. De esta manera, en la p. 523, nota 4, de la 3ª edición del libro *Manual de Direito Constitucional*, aclara: “Alteramos, por conseguinte, o que escrevemos na 2ª edição deste tomo (pág. 409) e aderimos à opinião expendida por Jorge BACELAR GOUVEIA, ‘Inconstitucionalidade por omissão’, cit., *loc. cit.*”⁸⁰².

Sea como fuera, el dispositivo normativo quedó cristalizado en la Ley N° 49/90 (publicada en *Diário da República*, 1ª Série, N° 195, 24 de agosto de 1990), relativa a las consultas directas a los ciudadanos electores en el nivel local. En otras palabras, la sentencia del Tribunal Constitucional aceleró el proceso para la sanción del producto legislativo ordenado constitucionalmente y hasta entonces ausente.

D) Sentencia N° 638/1995

Data de 15 de noviembre de 1995⁸⁰³. Aquí el Tribunal Constitucional dispuso tener por no verificada la omisión de las medidas legislativas necesarias para la exequibilidad

801 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 523.

802 *Ibid.*, p. 523, nota 4.

Se refiere a BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissão. Consultas directas aos cidadãos a nível local”, *O Direito*, abril-junho de 1990, pp. 420 y ss.

803 *Diário da República*, 2ª Série, N° 298, 28 de dezembro de 1995.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 8 de octubre de 1993, generando el Proceso N° 554/93.

de la norma del art. 52, 3, de la Constitución⁸⁰⁴, pues en el ínterin (y antes de que el Tribunal tuviera ocasión de apreciar y decidir el proyecto elaborado por el relator⁸⁰⁵) se publicó la Ley N° 83/1995, de 31 de agosto, sobre el derecho de participación procedimental y de acción popular⁸⁰⁶.

Dicha ley fue aprobada por unanimidad en la sesión de la Asamblea de 22 de junio de 1995 y resultó directamente de un texto de sustitución elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías, habiendo sido retirados todos los proyectos de ley anteriormente presentados sobre la materia.

El dispositivo legal en análisis contiene cinco (5) capítulos distribuidos en veintiocho (28) artículos. Aquellos versan, respectivamente, sobre los siguientes temas: “Disposiciones generales”, “Derecho de participación popular”, “Del ejercicio de la acción popular”, “De la responsabilidad civil y penal” y “Disposiciones finales y transitorias”.

Del examen de la ley en discusión, el Tribunal concluyó que la misma disciplinaba global, integrada y, en la medida de lo posible, completamente el *derecho de acción popular* consagrado en el art. 52, 3, de la Constitución, debiendo considerarse que con su emisión se había dado cumplimiento al encargo dirigido al legislador en aquel precepto constitucional.

En consecuencia, tuvo por no verificada la omisión de las medidas legislativas necesarias para la exigibilidad de la aludida cláusula de la Ley fundamental.

E) Sentencia N° 424/2001

Una vez más, el Defensor del Pueblo se presentó ante el Tribunal requiriéndole en este caso que analizara y verificara la inconstitucionalidad por omisión de las medidas legislativas que confirieran exequibilidad a la parte final del art. 239, 4, de la Constitución⁸⁰⁷. La articulación de aquel generó, oportunamente, el dictado de la sentencia del epígrafe, producido el 9 de octubre de 2001.

804 Artículo que, bajo el rótulo de “Derecho de petición y derecho de acción popular”, en el aludido inciso confiere a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho de acción popular, *en los casos y en los términos previstos en la ley*.

805 Tal como el propio Tribunal Constitucional se preocupara por aclarar en el subap. III.1. de la sentencia.

806 Como elemento adicional de análisis, debe tenerse en cuenta que en este caso el legislador no era ajeno al hecho de que se encontraba pendiente un pedido presentado el 8 de octubre de 1993 por el Defensor del Pueblo en proceso de control de la inconstitucionalidad por omisión, teniendo por objeto la disposición del N° 3 del art. 52 de la Constitución (cfr. “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador*, cit., ap. 4).

807 Tal petición discurrió en el Proceso N° 625/99.

Cabe recordar que la Ley Constitucional N° 1/1997, de 20 de septiembre, amplió la posibilidad de presentación de candidaturas por grupos de ciudadanos electores a todos los órganos autárquicos, en la redacción que dio al N° 4 del artículo constitucional 239.

Por virtud del nuevo precepto constitucional, se defirieron a una ley los términos en que dicha posibilidad debería ser concretada.

A los fines pertinentes, y luego de recordar la complejidad de los problemas que suscitaba la exacta delimitación del ámbito conceptual de “omisión legislativa” con vistas al mecanismo del control previsto en el art. 283 de la Constitución (evocando para ello su propia jurisprudencia y la de la antigua Comisión Constitucional), el Tribunal sostuvo que al efecto debía ponderar si el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Constitucional N° 1/1997 —siempre que se entendiera que tal pauta [temporal] entrañaba un aspecto esencial en la configuración de una de las situaciones previstas en el aludido artículo 283 de la Ley fundamental— era o no suficiente para el cumplimiento de la tarea legislativa en cuestión.

Por su parte y tal como lo manifestara en la Sentencia N° 276/1989, razonó que en la situación de autos se encontraban reunidas las circunstancias típicas de una “omisión legislativa” (aun adscribiendo a una visión restrictiva del concepto de ésta), pues se configuraba un muy concreto y específico encargo constitucional al legislador, perfectamente definido en su sentido y alcance, sin dejarle ningún margen de libertad de decisión en cuanto a si intervenir o no hacerlo, quedando cumplido el desiderátum constitucional una vez que se emitieran las normas correspondientes.

Sin embargo, destacó que en el particular no era necesario pronunciarse sobre tal cuestión, desde que con la Ley Orgánica N° 1/2001, de 14 de agosto, que sustituyó íntegramente a los Decretos-Ley N°s. 701-A/76 y 701-B/76, con las modificaciones respectivas, se pasó a contemplar la posibilidad de presentación de candidaturas por “grupos de ciudadanos electores” para todos los órganos autárquicos (cfr. art. 16, 1, ‘c’).

Juzgó el Tribunal que en dicha norma se regularon detalladamente los requisitos para la organización y la presentación de tales candidaturas y las exigencias específicas a las que debían sujetarse (de acuerdo, *inter alia*, con el art. 19 y diversos incisos del art. 23), adaptándose incluso a la ley relativa al financiamiento de los partidos políticos y de las campañas electorales (art. 2, que modificaba los arts. 19, 20, 23 y 29 de la Ley N° 56/1998, de 18 de agosto, en la redacción de la Ley N° 23/2000, de 23 de enero).

Fue así como el Tribunal entendió que al momento de pronunciar el fallo no se verificaba en el particular ninguna “omisión” del legislador relativa al encargo que le fue fijado por el art. 239, 4, de la Constitución, lo que así manifestó, decidiendo no

tener por constatado el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar exequible la norma obrante en la parte final de dicho inciso de la cláusula constitucional.

F) Sentencia N° 474/2002

Proferido el 19 de noviembre del año que indica el título, creemos que se trata de uno de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional en cuanto al tema que nos convoca, por cuanto allí (al tiempo de acoger estimatoriamente el planteo que le formulara el Defensor del Pueblo) materializó un agudo y esclarecedor aporte argumental, *anudando la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales (o, sin más, derechos sociales) a la de la inconstitucionalidad por omisión.*

Así y como viéramos, concluyó acertadamente que en puridad la vía prevista en el art. 283 de la Constitución *es también idónea para canalizar procesalmente tal tipo de derechos y no sólo los “derechos, libertades y garantías”* (es decir —añadimos— los civiles y políticos), tal como *mutatis mutandis* hemos intentado demostrar en otro segmento de este trabajo.

En la causa de mención, el Defensor del Pueblo petitionó concretamente al Tribunal que evaluara y verificara la inconstitucionalidad resultante de la falta de medidas legislativas para dotar de plena exequibilidad, en lo relativo a los trabajadores de la función pública, a la norma contenida en el art. 59, 1, 'e', de la Constitución⁸⁰⁸, el cual consagra el derecho a la asistencia material de los trabajadores que involuntariamente se encontraran en situación de desempleo.

Con claridad, advirtió el Tribunal que una parte significativa del esfuerzo argumental del Defensor del Pueblo se dirigía a demostrar que el derecho de asistencia material en situación involuntaria de desempleo tenía naturaleza análoga a la de los denominados derechos, libertades y garantías, probablemente por entender que sólo la omisión del legislador en asegurar la efectivización de estos últimos derechos podía conducir a la declaración de la inconstitucionalidad por omisión.

En línea con ello, destacó que la indagación tendiente a descubrir una eventual estructura análoga entre el derecho consignado en el art. 59, 1, 'e', de la Constitución y los derechos, libertades y garantías era irrelevante, puesto que *también las normas constitucionales consagradorias de derechos sociales podían fundar la verificación de una inconstitucionalidad por omisión.*

808 Con su articulación, el Defensor del Pueblo dio origen al Proceso N° 489/94, dirimido por medio de la sentencia en análisis.

Así, lo importante para el Tribunal era que quedaran abastecidos los presupuestos para la configuración de la inconstitucionalidad por omisión y no la naturaleza del derecho en juego en la cuestión.

Al respecto, concluyó que existía una específica y concreta imposición constitucional en el sentido de que el legislador debía, bajo pena de incurrir en inconstitucionalidad por omisión, prever una prestación que correspondiera a la asistencia material de los trabajadores —incluyendo a los de la Administración Pública— en situación de desempleo involuntario.

Coincidiendo con la fundamentación del Defensor del Pueblo (y transcribiéndola en el particular), el Tribunal señaló que el legislador, al instituir un régimen de asistencia material para los trabajadores involuntariamente en situación de desempleo, el cual sólo cubría a los empleados vinculados por contrato individual de trabajo y dejaba fuera a algunos trabajadores de la función pública, *era violatorio del principio de igualdad*. En torno del tema, consideró también que lo que resultaba necesario y conforme a la Constitución, en el caso, no era extinguir la asistencia material a los trabajadores vinculados por contrato individual de trabajo, sino *extender esa asistencia a los restantes trabajadores que no quedaban comprendidos en la previsión* a través de la formulación de las medidas legislativas adecuadas.

Por ende, estimó que indudablemente se configuraba en el *sub specie* una *omisión parcial*, ya que el legislador dio exequibilidad a la norma constitucional que le imponía asegurar el derecho a la asistencia material de los trabajadores en situación de desempleo involuntario, aunque sólo lo hizo respecto de algunos de ellos, con exclusión de la generalidad de los trabajadores de la Administración Pública.

Asimismo, juzgó que tal omisión parcial era *per se* suficiente para tener por verificada una inconstitucionalidad por omisión.

Adicionalmente, y ponderando el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución o, al menos, desde el comienzo de la vigencia de la Ley Constitucional N° 1/82 que reconfiguró el encuadramiento de la norma a la que se pretendía dotar de exequibilidad —y siempre que se entendiera que ello constituía un aspecto esencial de la conformación de una de las situaciones previstas en el art. 283 de la Ley básica—, sostuvo que no podía dejar de concluir que aquel era suficiente para que se hubiese cumplido la tarea legislativa en cuestión⁸⁰⁹.

809 Usó aquí textualmente las palabras que también empleara en la Sentencia N° 424/2001, de 9 de octubre, expresando que había transcurrido un tiempo “*bastante para o cumplimiento da tarefa legislativa em causa*”.

En definitiva, y a través de un laudable pronunciamiento, el Tribunal verificó el incumplimiento de la Constitución por omisión parcial de las medidas legislativas necesarias para tornar exequible el derecho previsto en el art. 59, 1, 'e', en relación con los trabajadores de la Administración Pública⁸¹⁰.

Por último, es útil subrayar que además el Tribunal Constitucional fijó algunas pautas que deben converger para la declaración de la inconstitucionalidad por omisión: *la verificación de una omisión legislativa de una específica imposición legisferante, que conste en una norma constitucional dotada de un grado de precisión suficientemente denso.*

810 Es interesante destacar que en las Sentencias N° 509/2002, de 19 de diciembre (Proceso N° 768/2002) y N° 590/2004, de 6 de octubre (Proceso N° 944/03), cuyos objetos de discusión no se referían centralmente a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional portugués efectuó algunas consideraciones interesantes —bien que tangenciales— acerca de la relación entre los derechos sociales y la cuestión de las omisiones inconstitucionales.

En ese sentido, y en específica referencia al asunto tocante a la necesidad de armonizar la estabilidad de la concretización legislativa ya alcanzada en el campo de los derechos sociales con la libertad de conformación del legislador, en ambos pronunciamientos expresó que, donde la Constitución contenga una orden de legislar, suficientemente precisa y concreta, de suerte que sea posible “determinar con seguridad, cuáles son las medidas jurídicas necesarias para conferirle exequibilidad” (cfr. Sentencia N° 474/2002), *el margen de libertad del legislador para disminuir el grado de protección ya alcanzado es mínimo, ya que sólo podrá hacer en la estricta medida en que la modificación legislativa pretendida no traiga como consecuencia una inconstitucionalidad por omisión.*

Debe recordarse que la señalada Sentencia N° 509/2002 dirimió estimatoriamente el requerimiento del Presidente de la República en orden a que se declarara la inconstitucionalidad de la norma que consta en el art. 4, N° 1, del Decreto de la Asamblea de la República N° 18/IX, que fuera recibido por Presidencia de la República en fecha 22 de noviembre de 2002 para ser promulgado como ley. Acogiendo el pedido, el Tribunal estimó la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, al considerarlo violatorio del derecho a un mínimo de existencia condigna inherente al principio de respeto por la dignidad humana, que surge de la conjugación de los arts. 1, 2 y 63, N°s. 1 y 3, de la Constitución.

Concretamente, la duda de constitucionalidad que surgía se refería al art. 4, N° 1, del mencionado Decreto, que regulaba la titularidad del derecho al “rendimiento social de inserción”, en la medida en que el art. 4, N° 1, de la Ley N° 19-A/1996, de 29 de junio, que creó el “rendimiento mínimo garantizado”, reconocía la titularidad del derecho a la prestación de rendimiento mínimo a los individuos con edad igual o superior a dieciocho (18) años; mientras que la nueva norma —con reserva de las excepciones también previstas en la ley anterior y de las posiciones subjetivas de los entonces actuales beneficiarios—, garantizaba la titularidad del derecho al “rendimiento social de inserción” a las personas con edad igual o superior a veinticinco (25) años.

Dicho pronunciamiento tuvo sendas declaraciones de votos de los magistrados Carlos Pamplona, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, Benjamim Rodrigues, Bravo Serra (éste, con remisión al voto de la consejera Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) y José Manuel Cardoso da Costa.

Por su parte, en la Sentencia N° 590/2004, el Tribunal rechazó la petición de un grupo de diputados del PS a la Asamblea de la República que pretendía la apreciación y declaración, con fuerza obligatoria y general, de inconstitucionalidad de las normas que constaban en los arts. 1 y 2 del Decreto-Ley N° 305/2003, de 9 de diciembre, que revocaba los regímenes de crédito bonificado para contratación de nuevas operaciones de crédito destinadas a la adquisición, construcción y realización de obras de conservación ordinaria y de mejora de la vivienda propia permanente. El referido pronunciamiento contó con los votos declarados de los magistrados Maria Fernanda Palma y Mário José de Araújo Torres.

Se trata del criterio que continúa manteniendo el Tribunal. De hecho, y aun de modo tangencial, en un fallo relativamente reciente: *Acórdão* N° 282/2011, de 7 de junio, *Processo* N° 815/09, ha reiterado la exigencia de que concurren tales presupuestos para que la determinación de la preterición inconstitucional sea viable.

G) *Sentencia N° 423/1987*

Aun cuando *ex professo* se quiebre el orden cronológico de la línea de pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de planteos específicos sobre inconstitucionalidad por omisión, es importante incluir en esta reseña jurisprudencial lo resuelto por dicho órgano en el pronunciamiento nominado en el rótulo, de 27 de octubre de 1987⁸¹¹, donde analizó algunas cuestiones vinculadas con la temática de las omisiones inconstitucionales.

En efecto, se vio precisado a enfrentar el problema de la enseñanza de la disciplina de religión y moral católicas en las escuelas públicas⁸¹², acerca de lo cual señaló el peligro de transgredir la Constitución (fundamentalmente, el principio de igualdad) por conducto de una omisión legislativa relativa en el supuesto de que se soslayara a las demás confesiones religiosas, tomando en consideración las circunstancias propias de cada una de ellas.

En particular, el Tribunal sostuvo —según nuestra traducción—: “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”⁸¹³.

811 *Diário da República*, 1ª Série, 26 de novembro de 1987.

812 Por su atinencia temática, es ineludible vincular la presente sentencia con una posterior, la N° 174/1993, de 17 de febrero (Proceso N° 322/1988), en la que el Tribunal desestimó la petición formulada por un grupo de veintiocho (28) diputados a la Asamblea de la República que le había requerido la declaración de inconstitucionalidad, con fuerza obligatoria general, de las normas de los N°s 1, 6 a 11, 14, 20 y 23 de la “Portaria” N° 333/86, de 2 de julio, y de las normas de la “Portaria” —*vid. infra*— N° 831/1987, de 16 de octubre.

La sentencia de mención recabó sendas declaraciones de voto de los magistrados Antero Alves Monteiro Dinis, António Vitorino, Mário de Brito, Luís Nunes de Almeida, José de Sousa e Brito y Armindo Ribeiro Mendes, quienes se separaron de la posición mayoritaria.

Al solo efecto aclaratorio advertimos que, según tuviéramos ocasión de averiguar, “Portaria” es una modalidad de norma jurídica administrativa emitida no por el Jefe del Poder Ejecutivo, sino por el jefe de una determinada persona de la Administración Pública de inferior rango a aquel. Tal norma tiene una función reglamentaria, similar a la del “Decreto” pero de menor alcurnia, dada la persona de quien emana, y con un radio de incumbencia también menor. Se la denomina “Portaria” (que en español literalmente significa “portería, portal”) porque tal norma jurídica, según la costumbre, era fijada precisamente en los portales de las entidades administrativas.

813 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *op. cit.*, *Direito Constitucional*, p. 1092.

Es sustancial recordar que a partir de esta decisión del Tribunal Constitucional se adoptaron medidas legislativas y administrativas conducentes no sólo a garantizar la libre elección entre recibir o no recibir enseñanza de religión católica, sino también a asegurar la enseñanza de otras religiones en las escuelas públicas⁸¹⁴.

V. Omisiones inconstitucionales y responsabilidad del Estado

Un tema interesante que encuentra algún punto de conexión con la cuestión que analizamos como objeto central de indagación, pero cuyo estudio en profundidad excedería las pautas de la misma, radica en dilucidar si la omisión del legislador en emitir una determinada legislación específica puede originar la responsabilidad del Estado, tomando como soporte normativo la estipulación contenida en el art. 22 de la Constitución lusa.

El problema, que por cierto no es un *moot case*⁸¹⁵, no deja de ser altamente complejo y se planteó por ejemplo en la causa “Aquaparque do Restelo”, donde, como consecuencia de un accidente ocurrido el 29 de julio de 1993 en el aludido “Aquaparque” de la ciudad de Lisboa, un niño de nueve (9) años falleció el 29 de julio de 1993 de asfixia por inmersión.

Los padres de la criatura dedujeron demanda contra el Estado portugués por daños patrimoniales y morales, alegando que el menor pereció como consecuencia de la falta de legislación específica para este tipo de recintos de diversiones acuáticas. Señalaron que el Estado bien sabía, pues no podía ignorarlo, que dichos parques acuáticos eran autorizados y licenciados y que funcionaban sin ninguna cobertura legal, reglamentaria o de otro tipo. De tal manera, fundamentaban el pedido de declaración de responsabilidad civil del Estado *por omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa*, violando el citado artículo 22 constitucional.

Bajo el rótulo “De la responsabilidad de los entes públicos”, esta norma establece: “El Estado y los demás entes públicos son civilmente responsables, solidariamente con los titulares de sus órganos, funcionarios, o agentes, de las acciones u *omisiones* practicadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de dicho ejercicio, de los que resulte violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio a terceros”

814 Cfr. MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 523 y nota 1.

815 En el sentido de traer aquí a debate, como ejercicio académico, un caso teórico o hipotético (*a theoretical or hypothetical case as an academic exercise*).

(Responsabilidade das entidades públicas: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou *omissões* praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”).

Como observa AMARAL, en concreto correspondía dilucidar si el Estado debía responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por particulares, y eventualmente emergentes del hecho de la *no emisión de legislación específica* destinada a regular las condiciones de funcionamiento de los parques acuáticos⁸¹⁶.

En primera instancia, la acción fue parcialmente admitida, con lo cual el Ministerio Público —en representación del Estado— articuló recurso de apelación, que fue parcialmente acogido (en relación con los montos indemnizatorios) por el Tribunal de Alzada aun cuando mantuvo el núcleo condenatorio de la sentencia recurrida.

El pronunciamiento del órgano apelatorio, el “Tribunal da Relação”⁸¹⁷ de Lisboa, fue emitido por unanimidad el 7 de mayo de 2002 en el marco del Proceso N° 35.211.

En cuanto a lo que aquí interesa, en síntesis dicho Tribunal consideró⁸¹⁸:

- Que el Estado era civilmente responsable por *omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa, violando así lo preceptuado por el art. 22 de la Constitución.*
- Que existía obligación de indemnizar habiéndose probado *el nexo de causalidad entre la referida omisión y los daños causados.*
- Que *aquella norma constitucional podía ser directamente invocada por los particulares frente a la omisión del legislador.*

Sin ánimo alguno de agotar la cuestión, sólo deseábamos dejar presentado un problema que ofrece una multiplicidad de aristas e intentar resaltar como objetivo primordial la necesidad de rescatar la viabilidad de este camino alternativo para

816 AMARAL, Maria Lúcia, “Dever de legislar e dever de indenizar a propósito do caso ‘Aquaparque do Restelo’”, *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Año I, N° 2, Lisboa, 2000, p. 68.

817 En Portugal, en efecto, el “Tribunal da Relação” constituye la segunda instancia de los tribunales comunes.

818 Según nos informara en su oportunidad por correspondencia la Prof. Maria Lúcia AMARAL, dicha causa (primer caso sobre el tema de la responsabilidad civil del Estado por las omisiones legislativas) no habría llegado al Tribunal Constitucional portugués, sino que en ella, luego de la sentencia de segunda instancia, se arribó a un “acuerdo informal” entre el Ministerio de Justicia y los familiares de la víctima, mediante el cual el Estado concedió a estos una “compensación”. La mencionada autora subrayó que lo que se produjo fue un “acuerdo extrajudicial y no la ejecución de sentencia del Tribunal de segunda instancia”.

combatir las omisiones legislativas con sustento, en el particular, en lo dispuesto por el art. 22 de la Constitución, aun cuando el planteo no hubiera sido específicamente ante el Tribunal Constitucional, sino ante los tribunales ordinarios y deducido por particulares.

En ese sentido, una de las quejas que conformaban el planteo recursivo del Ministerio Público fue justamente que no debía admitirse que, frente a la inactividad del legislador, correspondiera a los tribunales ordinarios dar ejecución al principio constitucional del art. 22 creando una norma más adecuada al caso concreto, por cuanto tal inercia configuraría una *omisión inconstitucional* —siempre que se entendiese que existía un verdadero y específico deber de legislar— que no podría ser suplida por los tribunales comunes, pues el único que tendría competencia para apreciarla sería el Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto por el art. 283, 1, de la Constitución.

VI. Breve epílogo

Sean nuestras palabras de cierre de este segmento del análisis del ordenamiento luso para recordar que, frente a algunas propuestas de ciertos sectores que pugnaban por derogar en Portugal la institución de la inconstitucionalidad por omisión, GOMES CANOTILHO afirmó contundente y acertadamente 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”⁸¹⁹.

A pesar del escepticismo que a algunos genera la eficacia del instituto, del repaso jurisprudencial que efectuáramos precedentemente surge que, al menos, no es posible desconocer que los planteos de inconstitucionalidad por omisión ante el Tribunal formulados fundamentalmente por el Defensor del Pueblo han producido un importante efecto *inductor* de diversas leyes *posteriormente* emitidas por la Asamblea de la República, con lo cual —al menos desde ese perfil *pragmático*— debería rechazarse toda acusación que arguya la absoluta inocuidad de la figura.

En la línea expuesta, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ puntualiza que pese a su escaso uso, la figura contenida en el art. 283 de la Constitución se ha revelado como un “instrumento efectivo de presión política sobre el legislador”, añadiendo que en la

819 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, N° 43, enero-abril de 1995, trad. de Francisco Caamaño, CEC, Madrid, p. 19.

mayoría de las situaciones en que se verificaba la inconstitucionalidad por omisión o las circunstancias que podían desencadenarla, se logró la aprobación de la legislación respectiva, citando al efecto los casos de las Sentencias N^{os}. 267/87, 36/90, 638/95 y 424/01, y otras que, respectivamente, contenían una omisión total (Sentencia N^o 182/89) y una parcial (Sentencia N^o 474/2002), que fueron solventadas⁸²⁰.

Asimismo, el autor citado aporta un dato no precisamente insignificante: la aparición de un mecanismo análogo a la inconstitucionalidad por omisión para enfrentarse a la *ilegalidad por omisión*: el art. 77 de la Ley 15/2002, de 22 de febrero, Código de Proceso en los Tribunales Administrativos⁸²¹.

Sin duda se trata de un antecedente que, pese a la opinión de los detractores de la figura del control de la inconstitucionalidad omisiva, viene a demostrar que ésta sigue “viva”.

Finalmente, es de resaltar que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad por omisión, al ser comunicada fehacientemente al órgano omitente y publicada de modo imperativo en el *Diário da República*, genera un *impacto jurídico y político* que no debería ser livianamente desdeñado.

820 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, op. cit., *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, p. 259.

821 *Ibid.*, pp. 261-262.

CAPÍTULO

III

HUNGRÍA

I. Apreciaciones contextuales sobre las constituciones húngaras y el Tribunal Constitucional (T.C.)

1. La situación antes de la sanción de la actual Ley fundamental

El texto de la Constitución anterior a la actual fue el resultado de sucesivas modificaciones efectuadas sobre la base de la redacción originaria, que data de 20 de agosto de 1949, y —como afirma ÁLVAREZ ÁLVAREZ— representó la consecuencia normativa del tránsito realizado desde un Estado socialista hacia un ordenamiento constitucional-democrático⁸²².

Sin embargo, aclara el citado autor que el por entonces nuevo sistema político húngaro “no puede explicarse de forma exclusiva con arreglo a la norma constitucional que le confiere cobertura, sino desde el elenco de factores de carácter político, social y fundamentalmente económico sucedidos a lo largo de un período de tres décadas. Éste fue el tiempo que tardó en abandonarse definitivamente el Estado socialista gestado por la originaria Constitución de 20 de agosto de 1949 construida sobre la base de la indistinción entre Estado y sociedad plasmada a través de tres elementos capitales: sistema de partido único, propiedad estatal y economía planificada”⁸²³.

Debe advertirse que, aunque la Constitución era formalmente una ley (Nº XX de 1949), su contenido era independiente de todos los demás elementos del sistema jurídico. Como se ha puntualizado, fue entendida por el T.C. como un sistema unificado y coherente en el que no podía existir vacío legal, principio consagrado en la Sentencia 23/1990 (X. 31) AB, en la que decidió la inconstitucionalidad (y la anulación) de la pena capital⁸²⁴.

El T.C. comenzó a operar el 1 de enero de 1990⁸²⁵. Su funcionamiento fue inicialmente regulado por la Ley XXXII/1989, que desarrolló el artículo 32.A. constitucional.

822 Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “Breve aproximación a la Constitución de Hungría”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, Nº 66, septiembre-diciembre de 2002, CEPC, Madrid, p. 149.

823 *Ibid.*, pp. 149-150.

824 CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”, Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (para tomar tal información, en su momento utilizamos la siguiente fuente de Internet: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/omissionHUN_en.doc). La traducción del inglés nos corresponde.

825 Para ampliar respecto del funcionamiento del Tribunal Constitucional húngaro, ver ADAM, Antal, “Le système constitutionnel de la Hongrie”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 5, julio-diciembre de 2001, IJ de la UNAM, México, D.F., pp. 4-31, en esp. pp. 27-31.

Sobre tal órgano de jurisdicción constitucional se ha indicado que representó un nuevo centro independiente de poder y que jugó un rol eminente en el desarrollo de la constitucionalidad del país⁸²⁶.

Es interesante destacar que la Constitución húngara dedicaba sólo una disposición al título relativo al T.C. Se trataba del mencionado art. 32.A en relación con el procedimiento de selección de los jueces y para reenviar a una ley ordinaria (que debía adoptarse por una mayoría de dos tercios).

No obstante, como se ha apuntado, ello no debía inducir a conclusiones equivocadas sobre la relevancia de la justicia constitucional, porque la regulación estaba fragmentada en otras disposiciones constitucionales y en las fuentes de rango legislativo⁸²⁷.

De hecho, en su década inaugural de funcionamiento, el T.C. (fundamentalmente a instancias de su primer Presidente László Solyom) acuñó el concepto de “Constitución invisible” para legitimar la adopción de medidas que no se podían relacionar estrictamente con las disposiciones expresas del texto constitucional. Asimismo y a través del llamamiento a un modelo de constitucionalismo europeo, el Tribunal produjo “una elaboración jurisprudencial impetuosa” y redefinió “materialmente el funcionamiento del sistema jurídico nacional”, declarando la inconstitucionalidad de un tercio de las leyes adoptadas por el Parlamento⁸²⁸.

2. La aprobación de la “Ley fundamental”

Debe destacarse que el 18 de abril de 2011 el Parlamento aprobó una nueva Constitución, denominada “Ley fundamental de Hungría” (*Magyarország Alaptörvénye*), que entró en vigor el 1 de enero de 2012. Sustituyó a la citada Constitución de 1949, que —como vimos— fue modificada en 1989 como consecuencia del cambio de régimen político.

La sanción de la Ley fundamental encendió numerosas luces de alarma en diversos órganos internacionales (también en ONG nacionales) y ha sido blanco de fuertes críticas que se centran principalmente en que sus disposiciones resultan

826 ADAM, Antal, “La Cour Constitutionnelle en Hongrie”, en DE VERGOTTINI, Giuseppe (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 209.

827 Cfr. VECCHIO, Fausto, “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, op. cit., *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, trad. del italiano por Valentina Faggiani, p. 180 y nota 16 a pie de página.

828 *Ibid.*, pp. 180-181 y notas 18 y 19 a pie de página.

un riesgo para la protección de ciertos derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Sólo ilustrativamente mencionamos al respecto: el dictamen N° CDL(2011)016 [también el N° CDL(2011)001] de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), que es un órgano consultivo del Consejo de Europa, integrado por expertos independientes en materia de derecho constitucional y creado en 1990 luego de la caída del Muro de Berlín, en un momento de urgente necesidad de asesoramiento constitucional en países de Europa Central y Oriental; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre la Constitución húngara revisada (2013/C 33 E/03).

A su vez, la Ley fundamental ha sufrido sucesivas modificaciones, algunas de ellas conflictivas. En particular, la aprobada por el Parlamento magiar el 10 de marzo de 2013 que fue criticada por resultar contraria a los principios y valores de la Unión Europea.

En ese sentido, la Comisión Europea tildó de antidemocráticos algunos puntos como, por ejemplo, la limitación de los poderes del T.C. y el establecimiento de nuevos impuestos si el Estado se viera obligado a pagar multas por sentencias internacionales⁸²⁹.

Además, tal modificación constitucional fue enérgicamente fustigada desde algunos ámbitos internos, que la consideraron contraria a los principios democráticos y a los derechos civiles. Así, el aludido László Sólyom, ex Presidente del T.C. y también ex Presidente del país (2005-2010), entendió que se asistía al “fin de la división de poderes”⁸³⁰.

En realidad, se trata de un proceso de debilitamiento del T.C., que paulatinamente ha ido perdiendo competencias. Con la citada reforma de 2013 se limita aún más su marco de atribuciones en materia de control de constitucionalidad. Por ejemplo, respecto de las reformas constitucionales sólo puede examinarlas formalmente mas no en su contenido; además, al emitir sus sentencias, le está vedado apoyarse en sus propias resoluciones dictadas antes de la entrada en vigor de la Ley fundamental. Otro factor que socava el poder del T.C. radica en que muchas de las regulaciones anteriormente declaradas anticonstitucionales por él han sido incorporadas a la Ley fundamental, v. gr., la disposición que prohíbe a personas indigentes permanecer en espacios públicos, la que no autoriza la publicidad política en canales privados de comunicación o aquella que determina a quién se le permite definirse como comunidad religiosa y obtener, por ende, ayuda económica del Estado⁸³¹.

829 Ver nota “*Hungría mueve ficha para evitar sanciones por su polémica Constitución*”, 19 de abril de 2013, Fuente: www.euroxpress.es/index.php/noticias/2013/4/19/hungría-mueve-ficha-para-evitar-sanciones-por-su-polemica-constitucion.

830 VERSECK, Keno y PAPAEO, Cristina, “*Hungría se despide del Estado de Derecho*”, 12 de marzo de 2013, Fuente: www.dw.de/hungr%C3%ADa-se-despide-del-estado-de-derecho/a-16665507.

831 Ídem.

Ese proceso de empobrecimiento del T.C. comenzó en 2010 cuando se modificaron algunas normas relativas al mismo, específicamente en cuanto a las reglas para la designación de sus jueces y la restricción de su competencia en cuestiones presupuestarias del Estado y con respecto a la normativa sobre impuestos y contribuciones.

Tales modificaciones de 2010, ratificadas por la Ley fundamental, han sido calificadas como cambios competenciales “dramáticos y radicales”, reconociéndose que el T.C. tuvo que sufrir limitaciones en sus poderes por primera vez durante sus (entonces) veinte años de existencia⁸³².

Un brevísimo panorama muestra que, por ejemplo, acerca de la composición del T.C. se elevó el número de miembros de 11 a 15 y se prolongó el plazo de mandato de 9 a 12 años. Además, se transfirió del Tribunal al Parlamento (con una mayoría de dos tercios) la elección del presidente/a del Tribunal. Paralelamente, el nuevo sistema trajo consigo cambios importantes con respecto a los tipos de procedimientos surtidos ante el T.C. Por un lado, la antigua acción popular (*actio popularis*) fue abolida. Por otro, se introdujo un procedimiento de queja constitucional individual contra actos particulares de la autoridad pública.

En síntesis, tanto la Ley fundamental como la nueva Ley sobre el Tribunal Constitucional, N° CLI (151) de 2011, introdujeron cambios significativos. Esta última reguló la competencia, organización y funcionamiento del T.C. como principal órgano para la protección de la Ley fundamental, aunque el acervo de atribuciones del Tribunal ha quedado fuertemente reducido.

Seguramente, dicha situación depreciará el importante rol que desde 1990 (y, con matices, hasta 2010) el T.C. cumplió en la dinámica de *checks and balances* del sistema político, jurídico e institucional húngaro.

II. Panorama de la inconstitucionalidad por omisión en el sistema húngaro en su configuración previa a la Ley fundamental

Centraremos básicamente nuestro análisis en la estructuración normativa de la inconstitucionalidad por omisión y el accionar del T.C. al respecto en el período

832 Cfr. PACZOLAY, Péter (actual Presidente del Tribunal Constitucional húngaro), “Changes in the competences of the Hungarian Constitutional Court”, trabajo presentado al Simposio Internacional en ocasión del 50° aniversario del Tribunal Constitucional de Turquía, Ankara, 25 y 26 de abril de 2012; Fuente: <http://mkab.hu/letoltesek/2012-04-25-changes-in-the-competences-of-the-hungarian-cc.pdf>.

temporal anterior a la entrada en vigor de la Ley fundamental, por cuanto en realidad ha sido el más fructífero al respecto.

En ese sentido, cabe primeramente rescatar el antiguo artículo 77 constitucional, por virtud del cual la Constitución se concebía como una *norma jurídica suprema con eficacia directa que vinculaba a todos los poderes públicos y a los particulares*.

A su tiempo, la figura del control de las omisiones inconstitucionales se encontraba específicamente incluida en el nombrado art. 32.A.3. de la Constitución —como vimos, de 1949—, modificada en varias oportunidades⁸³³, v. gr., Leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre⁸³⁴.

Sobre el particular, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ apunta que el control de las omisiones inconstitucionales por el T.C. se centraba en el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica, lo cual confería a dicha competencia unas dimensiones amplias⁸³⁵.

La señalada Ley XXXII/1989 establecía que el procedimiento para la resolución por el Tribunal de la inconstitucionalidad por omisión (al igual que el procedimiento de control de convencionalidad, por acción u *omisión*) podía incoarlo el propio Tribunal de oficio o bien por iniciativa de cualquier persona.

Como se ha expuesto, el resultado de ese control era *invitar* al órgano inactivo a cumplir sus obligaciones en el plazo que para el efecto se le señalara, estando obligado el legislador a actuar en dicho lapso temporal (cfr. art. 49.2 de la Ley mencionada en el párrafo anterior). El Tribunal ejerció tal competencia en diversas ocasiones, entre las que cabe recordar lo realizado en las Sentencias 32/1990 AB, 29/1991 AB, 37/1992 AB y 17/1993 AB, estas dos últimas referidas al no dictado de la ley de medios de comunicación⁸³⁶.

833 Hemos extraído la referencia normativa a las reformas constitucionales de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Apéndice normativo", *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 160.

834 Se ha explicado que en la reforma constitucional de 1989 se reconoció el pluralismo político, la forma de gobierno parlamentaria y la economía social de mercado, compatibilizada con determinados aspectos de la economía socialista planificada (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, op. cit., "Breve aproximación a la Constitución de Hungría", p. 151).

Añade que, por su parte, la segunda de las grandes reformas tuvo lugar en 1990 a través de seis (6) normas (ídem).

835 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, p. 77.

836 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 302.

Ver, en igual sentido, GOUAUD, Christiane, "La Cour Constitutionnelle de la République de Hongrie", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, N° 5, 1993, p. 1256, aludido por VAGLI, Giovanni, op. cit., "Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo", p. 1088, nota 8.

Este punto nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación.

III. Señalamiento jurisprudencial

El T.C. magiar (reiteramos, antes de la Ley fundamental) ha interpretado en un sentido amplio su competencia fijada en la sección 49 de la citada Ley XXXII/1989, distinguiendo seis (6) tipos de omisiones en su práctica jurisprudencial⁸³⁷, las cuales repasaremos sucintamente a continuación.

1. Incumplimiento inconstitucional de un deber legislativo derivado de una autorización legal

Se dio, por ejemplo, en las Sentencias 155/B/1990 AB (ABH 1990, 198) y 21/1991 (VI. 5.) AB (ABH 1991, 404).

En la primera de ellas el T.C. estableció *ex officio* que el Ministro del Interior incumplió el deber legislativo sobre él establecido por medio del Decreto gubernamental 1/1971 (II. 8.) Korm., según el que debería haber regulado el uso de viviendas con fines de servicio oficial, hecho que derivó en la violación de los derechos del peticionario.

La segunda decisión fue construida sobre una base teórica similar, declarando una omisión del Gobierno al no regular la adquisición de la propiedad de las tierras cultivables por parte de extranjeros, a pesar de estar autorizados para ello por la “Ley de Tierras de Cultivo” (*Act on Arable Land*). Como característica especial del caso, el Gobierno había adoptado efectivamente esas normas, pero ellas fueron anuladas con efecto *pro futuro* por el T.C. mediante la Sentencia 12/1990 (V. 23) AB (ABH 1990, 160), debido a una violación de la jerarquía de las fuentes del derecho. Como el Gobierno no adoptó una nueva ley dentro del plazo establecido, el Tribunal declaró la omisión inconstitucional.

2. Incumplimiento por el legislador de cumplir un deber legislativo emergente de una previsión constitucional

Tal hipótesis puede constatararse, v. gr., en la Sentencia 32/1990 (XII. 22) AB (ABH 1990, 145), que determinó una omisión inconstitucional en el Decreto 63/1981 (XII. 5) MT del Consejo de Ministros.

837 Seguimos aquí en lo pertinente a CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, op. cit., “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”. La traducción del inglés nos corresponde.

En efecto, en virtud del art. 50, par. 2), de la Constitución, los tribunales debían revisar la legalidad de las decisiones de la administración pública. En función de ello, la citada sentencia declaró una omisión inconstitucional en el aludido Decreto 63/1981 que permitía la revisión judicial de las decisiones de la administración pública solamente dentro de un ámbito específico de aplicación.

En su fallo, el T.C. indicó que las disposiciones de aquel Decreto “no eran inconstitucionales en cuanto a sus contenidos, pero el hecho de que la revisión sólo se permitiera respecto de las decisiones de la administración pública enumeradas en la ley en cuestión, era contraria a la Constitución [... Así] esta situación inconstitucional sólo puede ser eliminada mediante la adopción de una nueva ley del Parlamento que permita la revisión judicial de una forma constitucional”.

3. La falta de adopción de una ley del Parlamento especificada en la Constitución y necesaria para la ejecución de un derecho fundamental

Al respecto, la Constitución definía varios campos que debían ser regulados (en el nivel más alto) mediante leyes del Parlamento. El incumplimiento de éste de actuar como se le exigía llevó al T.C. a declarar una omisión inconstitucional del deber de legislar.

Ejemplos de este caso son las Sentencias 37/1992 (VI. 10) AB (ABH 1992, 227) y 35/1992 (VI. 10) AB (ABH 1992, 204).

La primera de ellas se conectaba con el art. 61, par. 4), de la Constitución, que requería una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros presentes del Parlamento para sancionar una ley sobre supervisión de la radio pública, la televisión y la agencia de noticias pública, así como sobre concesión de licencias de radio y televisión comerciales y prevención de los monopolios en el sector de los medios de comunicación. Sin embargo, hasta 1996, el Parlamento no había aprobado una ley completa y exhaustiva sobre radio y televisión.

El segundo pronunciamiento declaró la omisión inconstitucional dado que la representación de las minorías nacionales y étnicas no había sido regulada en la medida y en la forma exigidas por la Constitución, que en su art. 68, par. 5, determinaba que para sancionar una ley sobre los derechos de las minorías nacionales y étnicas, se requería una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros presentes del Parlamento.

4. Incumplimiento de un deber legislativo necesario para la aplicación de un derecho subjetivo

Sobre el punto, el T.C. interpretó que el legislador debía cumplir su obligación de legislar incluso ante la falta de un mandato legal concreto, si reconocía la existencia de una cuestión que requiriera la determinación normativa dentro del ámbito de su competencia y responsabilidad.

Así, según lo establecido por el Tribunal en la Sentencia 22/1990 (X. 16) AB, “el Consejo de Ministros no dictó una legislación sobre la solución de las cuestiones relativas al respeto de los vales entregados a las personas detenidas por los Estados Unidos de América como prisioneros de guerra y obligatoriamente depositados en el Banco Nacional de Hungría, causando así una omisión inconstitucional” (ABH 1990, 83).

5. Incumplimiento por el Parlamento de la modificación de una ley devenida inconstitucional a causa de una reforma constitucional

Se trata de un caso especial de omisión inconstitucional.

Cabe recordar en primer lugar que los actos normativos que formaban parte del ordenamiento jurídico debían estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución entonces en vigor, y no simplemente con la orden vigente al momento de la adopción de la ley.

En tal sentido, de acuerdo con lo determinado por el T.C. en la Sentencia 2/1993 (I. 22) AB, las disposiciones que regulaban los referendos en la ley sobre esta materia dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1989 no eran compatibles con los nuevos requisitos constitucionales basados en el principio de la división de poderes.

Por tanto, ejerciendo su autoridad en virtud del art. 21, par. 7, de la (entonces vigente) Ley del Tribunal Constitucional, determinó de oficio, sobre la base de la petición pertinente (aunque excediéndola), que una situación inconstitucional había surgido por una omisión de actuar y, en consecuencia, el Parlamento fue llamado a cumplir con su deber de legislar (ABH 1993, 33, 39).

6. Incumplimiento de armonizar el derecho internacional y el derecho interno, violando un derecho fundamental

Al respecto, el T.C. estableció la omisión de un deber legislativo al examinar el procedimiento de la Comisión Mixta en el manejo de los casos de indemnización

por daños causados por las tropas soviéticas y sus miembros en ejercicio de sus funciones durante la ocupación de Hungría. Se determinó que la principal causa de inconstitucionalidad fue la falta de una ley nacional por medio de la que la Comisión Mixta quedara obligada por los resultados de la recepción de pruebas (en un procedimiento civil) al dictar su decisión (Sentencia 30/1990 [XII. 15] AB, ABH 1990, 128, 134).

IV. Perfiles de la figura en la percepción anterior a la Ley fundamental

Esquematizaremos ahora algunas líneas salientes del instituto de la inconstitucionalidad por omisión⁸³⁸, siempre con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley fundamental:

- Como acabamos de ver, el T.C. ha interpretado en un sentido extensivo su competencia en la materia, identificando seis (6) modalidades de omisiones inconstitucionales.
- La posibilidad de declaración de la omisión inconstitucional por el T.C. puede realizarse *de oficio o a pedido de cualquier persona*, caso este último que incluye a las personas físicas y jurídicas con capacidad legal (Sentencia 35/B/1990 AB, ABH 1990, 257).
- Sólo si la omisión inconstitucional de una obligación de legislar ha generado una *situación inconstitucional*, el Tribunal podrá reclamar al órgano en mora que cumpla su deber dentro de un plazo específico que le fije (sección 49, par. 1, de la LTC).
- En función de ello, el T.C. no examina todos los vacíos legales (*legal gaps*) sino sólo aquellos casos en los que la falta de regulación legal produzca una *situación inconstitucional*.
- Ninguna omisión es determinada por el T.C. si sólo suscita cuestiones de razonabilidad y justicia pero no una *cuestión constitucional* (cfr. Sentencia 26/1993 [IV. 29] AB, ABH 1993, 196, 203).

838 En cuanto a las referencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, tomamos como fuente a CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, op. cit., "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence". La traducción del inglés nos pertenece.

- Al establecer una fecha límite para que se cumpla el deber legislativo, el T.C. tiene en cuenta, en primer lugar, la gravedad de la situación inconstitucional, los recursos jurídicos constitucionales disponibles en el período de transición y —como cuestión de rutina—, las reglas relevantes de procedimiento del órgano legislativo pertinente, las obligaciones de negociación previa resultantes de la naturaleza de la ley que debe ser aprobada y la carga de trabajo del órgano legislativo. El plazo fijado por el T.C. debe interpretarse estrictamente, en particular, en los casos en que, junto con la verificación de la omisión, el Tribunal mantiene en vigor —por diversas razones— algunas disposiciones legales respecto de las cuales se ha declarado la inconstitucionalidad (cfr. Sentencia 47/1997 [X. 3] AB, ABH 1997, 324, 325).

V. El instituto en la actualidad

Cerramos este acercamiento con algunos apuntes sobre la figura en el sistema húngaro, de conformidad con su positivación actual.

Si bien el control sobre las omisiones inconstitucionales por el T.C. no surge explícitamente de la Ley fundamental, ésta en su art. 24, párrafos 2.º y 9, establece que el Tribunal puede realizar tareas y desarrollar competencias estipuladas en otras disposiciones de la propia Ley fundamental o bien en una “ley cardinal”⁸³⁹, más allá de las enumeradas en el propio artículo 24 constitucional (párrafo 2.º), y que el detalle de las reglas de competencia, organización y funcionamiento del Tribunal serían establecidas precisamente por una “ley cardinal”⁸⁴⁰ (párrafo 9), que en este caso es la aludida Ley CLI (151) de 2011.

839 En el texto de la Ley fundamental húngara pueden verse alrededor de cincuenta referencias a “leyes cardinales”. Desde un plano semántico-jurídico, equivaldrían a las “leyes orgánicas” previstas en otros sistemas constitucionales, por ejemplo, en Albania, Austria, Croacia, Francia y Montenegro.

Ver sobre este y otros temas el siguiente documento: “Opinion on the New Constitution of Hungary”, Opinion N° 621/2011, CDL-AD(2011)016, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Strasbourg, 20 June 2011, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011), para. 23., Fuente: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

840 PACZOLAY (a quien seguiremos a lo largo de esta nota) ha advertido que la Ley fundamental es sólo una parte de la constitución material, ya que se dota de una importante relevancia también a las “leyes cardinales” para cuya adopción se requiere una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros del Parlamento. La denominación “Ley fundamental” sugiere una concepción orgánico-garantista de la Constitución, es decir, que ésta es considerada algo más que un simple documento.

Ello es una consecuencia de las tradiciones constitucionales húngaras. Una particularidad de la historia de ese país es la llamada “constitución histórica”. La primera constitución escrita es de 1949, y se trata de un instrumento constitucional socialista de estilo soviético. Con el cambio del sistema político, luego de la caída del Muro de Berlín, en 1989-1990 se adoptaron modificaciones relevantes para crear las bases de un Estado de Derecho, pero formalmente la norma constitucional conservó la numeración original (N° XX, de 1949).

La ley mencionada en último término se refiere al control sobre las omisiones inconstitucionales en la sección 46.

Al respecto establece que si el T.C., en las actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de sus competencias, declara una omisión por parte del legislador que resulta violatoria de la Ley fundamental, puede instar al órgano omitente a realizar su tarea y fijarle un plazo (*time-limit*) para ello (inc. 1°).

Según el inc. 2° de dicha sección, se considerará que existe una omisión legislativa violatoria de la Ley fundamental cuando: **a)** el legislador no hubiera llevado adelante un mandato surgente de un tratado internacional; **b)** no se haya adoptado una regulación legal pese a que tal tarea deriva de una expresa autorización contenida en una normativa legal; y **c)** el contenido esencial de la regulación legal ordenada en la Ley fundamental fuera incompleta.

Debe advertirse que en función de la sección 71.2 de la nombrada ley la entrada en vigor de ésta extinguió todos los procesos en curso encaminados a la rectificación de la inconstitucionalidad por omisión que no hubiesen sido planteados por los peticionarios individualizados en el art. 24.2.‘e’ de la Ley fundamental, es decir: el Gobierno, un cuarto de los miembros del Parlamento, el Presidente de la Corte Suprema (hoy rebautizada como “*Kuria*”), el Fiscal Supremo o el Comisionado para los Derechos Fundamentales.

Como puede suponerse a partir de lo puntualizado aquí, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el modelo húngaro no ha podido sustraerse de la política de recorte y ajuste competenciales que el Tribunal Constitucional ha venido sufriendo desde 2010, con lo cual, en torno al futuro de tal tipología de fiscalización constitucional es inevitable que reine la incertidumbre.

El concepto de constitucionalidad se convirtió poco a poco en parte del derecho, la cultura política y la vida pública. Pero, ¿qué significa exactamente que Hungría tenía una “constitución histórica”? La Constitución húngara poseía un carácter histórico en el sentido de que no contaba con una única Carta constitucional. La costumbre, sin embargo, no tuvo la misma relevancia que en la Constitución inglesa. La consecuencia de la constitución histórica fue que la teoría constitucional húngara empleaba el concepto material de constitución (como órgano particular de la sociedad). Las reglas concretas de la constitución material, es decir, los principios fundamentales del ordenamiento estatal, se encuentran en las llamadas “leyes cardinales” (cfr. PACZOLAY, Péter, “Le garanzie costituzionali”, trabajo presentado al evento “La nuova Legge fondamentale ungherese”, Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi, in collaborazione con il Consolato Generale d’Ungheria, Milano, 29 de noviembre de 2012; Fuente: http://mkab.hu/letoltesek/le_garanzie_costituzionali_pp.pdf). La traducción del italiano nos corresponde.

CAPÍTULO

IV

BRASIL

I. El sistema de control de constitucionalidad vigente

1. Dentro de un cúmulo de modificaciones en el marco de la normativa constitucional hasta entonces vigente, la Constitución de 1988 produjo una innovación interesante en materia de control de constitucionalidad. Nos referimos a la posibilidad de fiscalizar las *omisiones reputadas inconstitucionales*, aunque a fuerza de ser sinceros la plasmó de una manera un tanto heterodoxa, ya veremos por qué.

Promulgada la mencionada Constitución federal, comenzó el proceso de adecuación de las respectivas cartas constitucionales estatales a la Ley suprema, como consecuencia del sistema federal de Estado allí imperante.

Al respecto, en relación con el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, pueden mencionarse —*inter alia*— las constituciones de los siguientes estados⁸⁴¹: Minas Gerais (art. 118, § 4º), Acre (arts. 95, I, 'f', y 104, § 3º), Rio Grande do Sul (art. 95, XII, 'd'), Alagoas (art. 134, § 2º), Ceará (art. 127, § 2º), Pernambuco (art. 63, § 2º), Rio de Janeiro (art. 162, § 2º), São Paulo (arts. 74, VI, y 90, § 4º) y Santa Catarina (art. 85, § 3º). Volveremos sobre el tema.

2. Previo a ocuparnos de analizar tal figura en el orden federal, recordamos que si bien originariamente el derecho brasileño sólo admitía el control de constitucionalidad difuso, concreto y *a posteriori* —conforme a los moldes del derecho norteamericano—, a partir de la Constitución de 1946 se admitió, primero restringidamente y luego de manera paulatinamente ampliada⁸⁴², el control concentrado y abstracto por medio de la acción directa⁸⁴³.

841 La nómina se presenta en orden cronológico de aprobación de las respectivas constituciones estatales, mixturado con el elemento alfabético.

Así, de las expuestas en el catálogo, la de Minas Gerais fue la primera en ser aprobada (21 de septiembre de 1989); luego le siguieron las de Acre y Rio Grande do Sul (el 3 de octubre del mismo año), las que se ordenan alfabéticamente por resultar contemporáneas; y, por último, las restantes seis (6) fueron sancionadas el 5 de octubre de 1989, respetándose en la enunciación la secuencia alfabética.

842 En ese sentido, GONÇALVES FERREIRA FILHO ha explicado que la Constitución de 1946 fue la primera en admitir el control abstracto, aunque en términos estrictos. En ella se preveía que, como presupuesto necesario para decretar la intervención federal en un Estado miembro a causa de la inobservancia por éste de determinados principios fundamentales que se indicaban (art. 7, VII), fuese esa inobservancia declarada por el Supremo Tribunal Federal a través de una acción cuya legitimación activa pertenecía exclusivamente al Procurador General de la República (art. 8, párrafo único). Esta modalidad fue repetida por el derecho constitucional posterior, encontrándose en el art. 36, III, en relación con el art. 34, VII, de la Constitución actual (GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, "La justicia constitucional en Brasil", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, CEC, trad. de Francisco José Astudillo Polo, Madrid, pp. 60-61).

Agrega el autor citado que, todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1946, la Enmienda Constitucional N° 16, de 26 de noviembre de 1965, instituyó una acción directa de inconstitucionalidad

Con cargo a ampliar sobre la cuestión, rige en dicho país una suerte de sistema de control constitucional de características eclécticas⁸⁴⁴, a saber: a) el control incidental, que es *difuso* y, por tanto, viene dispensado a todos los órganos judiciares en el contexto de sus respectivas competencias; y b) el control directo, deferido *concentradamente* al Supremo Tribunal Federal (STF), en el ámbito nacional, y al Superior Tribunal estadual que corresponda, en el marco de los respectivos estados de la Federación.

3. Para ampliar lo mencionado anteriormente, es útil mostrar el panorama que describe MENDES sobre el punto, señalando que la jurisdicción constitucional brasileña se construyó en un ambiente democrático y republicano, pese a las interrupciones causadas por los regímenes autoritarios. Así, si las influencias del modelo difuso (de origen norteamericano) fueron decisivas para la adopción inicial de un sistema de fiscalización constitucional de las leyes y los actos normativos, el desarrollo de las instituciones democráticas terminó generando *un peculiar sistema de jurisdicción constitucional cuyo diseño y organización reúnen, de manera híbrida, características propias de ambos modelos clásicos de control constitucional*⁸⁴⁵.

La jurisdicción constitucional brasileña se caracteriza hoy por la originalidad y la diversidad de instrumentos procesales destinados a la fiscalización de constitucionalidad de los actos del Poder Público y la protección de los derechos fundamentales, como el *mandado de segurança* [equivalente al *proceso de amparo* en varios países latinoamericanos o a la *acción de tutela* colombiana], el hábeas corpus, el hábeas data, el *mandado de injunção*, la acción civil pública y la acción popular. Tal diversidad de acciones constitucionales propia de un modelo difuso se complementa con una variedad de instrumentos dirigidos al ejercicio del control abstracto de constitucionalidad por el STF, como son la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn), la acción declarativa de constitucionalidad (ADC), la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO) y la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF)⁸⁴⁶.

de "ley o acto de naturaleza normativa, federal o estatal", sobre la base de la Constitución federal, que se desarrollaría ante el Tribunal Supremo Federal y únicamente podría ser propuesta por el Procurador General de la República (nueva redacción del art. 101, I, 'k'), con lo que se consagraba plenamente el control abstracto y concentrado (*Ibid.*, p. 61).

Por su parte, añade que la Constitución de 1967 nada alteró al respecto y la Ley fundamental en vigor ha mantenido tal acción (art. 102, I, 'a'), mas ampliando la legitimación activa a determinadas autoridades o entes —art. 103, que será analizado *infra*— (idem).

843 *Ibid.*, p. 58.

844 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*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 272.

845 MENDES, Gilmar, "Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional", op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, p. 984.

846 *Ibid.*, p. 986.

La discusión en la Constituyente (que derivara en el texto constitucional de 1988) sobre la implementación de una Corte Constitucional que debería ocuparse, fundamentalmente, del control de constitucionalidad, terminó por permitir que el STF *no sólo mantuviese su competencia tradicional, con algunas restricciones, sino que también adquiriese nuevas atribuciones*. Así, vio ampliada significativamente su competencia originaria, especialmente en lo concerniente al control de constitucionalidad de leyes y actos normativos y al control de la omisión inconstitucional. En ese sentido, adquiere innegables peso político y significado jurídico la competencia del STF para entender y juzgar de las aludidas ADIn, ADC, ADPF y ADO y del *mandado de injunção* (M.I.), procesos que, juntamente con el recurso extraordinario, forman hoy el núcleo del sistema de control de constitucionalidad y legitimidad de leyes o actos normativos, así como (en particular algunos de ellos) de las omisiones inconstitucionales⁸⁴⁷.

Debe aclararse que, aunque no será objeto de análisis particularizado aquí, además de la ADO y el M.I., en cierto sentido y principalmente a partir de la sanción de la Ley N° 9.882/99⁸⁴⁸ (que reglamenta el §1° del art. 102 de la Constitución), por su naturaleza autónoma (cfr. parte inicial del art. 1°⁸⁴⁹ de dicha ley) la ADPF también podría ser incluida en el elenco de herramientas procesales para corregir las omisiones inconstitucionales⁸⁵⁰, al menos las *pretericiones relativas*.

II. Contornos de la figura

1. Las previsiones constitucional y subconstitucionales

El art. 103, § 2°, de la Constitución de la República Federativa del Brasil incluyó —como adelantáramos—, el instituto de la *inconstitucionalidad por omisión*, diciendo:

“Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer 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”.

847 *Ibid.*, p. 987.

848 Sancionada el 3 de diciembre de 1999.

849 Que dispone: “A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

850 Véase MENDES, Gilmar, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, en RAMOS TAVARES, André y ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.), *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei N° 9.882/99*, Atlas, São Paulo, 2001, pp. 146 y ss.

Cuando líneas arriba decíamos que la inclusión en la Constitución federal de la figura que nos ocupa se había concretado de un modo heterodoxo, nos referíamos a que, en puridad, *no se instrumentó directamente una acción de inconstitucionalidad por omisión*, sino más bien se enfocaron las *consecuencias que resultarían de la declaración de inconstitucionalidad por omisión*, que no es lo mismo.

En el extensísimo art. 102 de la Constitución, donde quedaron localizadas, por ejemplo, la nombrada ADIn de ley o acto normativo federal o estatal y la ADC de ley o acto normativo federal (art. 102.I.‘a’), no se mencionó acción alguna para declarar la existencia de las omisiones inconstitucionales, sino que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión recién aparece en el citado artículo constitucional 103, § 2º que, como vimos, focaliza los efectos emergentes de la declaración de la inconstitucionalidad por preterición.

Tal vez por esa razón C. MERLIN CLÈVE se animaba a aseverar que el constituyente brasileño no pretendió instituir, en el marco de la fiscalización abstracta, un tipo especial de acción —distinto de la acción directa— para el control de la omisión inconstitucional⁸⁵¹.

Dicho lo anterior y emprendiendo ahora un *racconto* de la evolución normativa subconstitucional del instituto que concita nuestra atención, no debería soslayarse el Reglamento Interno del STF, que estableció la composición y la competencia de sus órganos y reguló el proceso y el juzgamiento de los hechos que le eran atribuidos por la Constitución de la República (cfr. art. 1). Concretamente, en la parte II: “Del Proceso”, título VI: “De la declaración de inconstitucionalidad y de la interpretación de la ley”, capítulo I: “De la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo”, se desplegaban los arts. 169 a 178 referidos específicamente a la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, de cuyo contenido sólo cabría tomar en consideración específica aquel que resultara compatible con el control respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

De su lado, es importante poner de manifiesto que a partir del 10 de noviembre de 1999 entró en vigor la Ley federal N° 9.868⁸⁵² que reglamenta el proceso y el juzgamiento de

851 CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 229.

852 Entre otros aspectos, es útil destacar que la Ley N° 9.868, en su capítulo V (‘De las disposiciones generales y finales’) y específicamente por medio del art. 30, añade mayor contenido al art. 8 de la Ley N° 8.185, de 14 de mayo de 1991, que regula la organización judicial en el Distrito Federal y los territorios.

En lo que aquí interesa, concretamente el art. 8, § 4º, II, de esta última normativa, pasa a disponer que: “II - Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva una norma de la Ley Orgánica del Distrito Federal, la decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”.

la ADI y de la ADC, normativa que a pesar de no referirse expresamente a la ADO podía ser aplicada a ésta con algunas observaciones⁸⁵³ asociadas principalmente a la naturaleza y el alcance de tal acción que busca batallar contra las pretermissiones inconstitucionales.

Ya en época más reciente se logró dar un paso significativo para concretar la normatización específica del instituto por conducto de la Ley N° 12.063, de 27 de octubre de 2009 (publicada el 28 de octubre de ese año), que incorporó a la nombrada Ley N° 9.868 el capítulo II-A, quedando instaurada expresamente la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, o sea, la aludida ADO.

2. Algunas particularidades del instituto⁸⁵⁴

A) *Presentación general y ciertos aspectos conflictivos*

a) DA SILVA proporciona algunos ejemplos de hipótesis que harían viable la procedencia de la acción⁸⁵⁵: *i*) 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 *ii*) 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 hacer efectivos tales derechos en favor de los interesados, se configuraría también un caso de inconstitucionalidad omisiva, susceptible de ser atacado mediante la acción *sub discussio*.

b) Por otra parte, se ha debatido doctrinariamente acerca de la posibilidad de que se plantee la inconstitucionalidad por omisión, como excepción, por vía incidental. LIMA DA FONSECA se opone abiertamente a semejante 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”⁸⁵⁶.

853 Cftar HAMMES, Elia Denise, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, *Revista Direito*, N° 16, julio-diciembre de 2001, Editora da UNISC, Santa Cruz do Sul, 2001, p. 44.

854 Un acercamiento general a la cuestión puede verse en BARROSO, Luís R., “A efetividade das normas constitucionais. Por qué não uma Constituição para valer?”, en su libro *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, pp. 88-95.

855 DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 10ª ed., Malheiros Edit., São Paulo, 1995, p. 51.

856 DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, “Declaração de inconstitucionalidade”, *Revista Trimestral de Direito Público* [Órgão do IDEPE - IDAP], N° 5, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, p. 199.

En todo caso, la omisión debe provenir de un órgano público, que, siguiendo a DA CUNHA FERRAZ, puede ser tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo: el primero cuando recibe competencia para integrar o complementar una norma constitucional y aun así no legisla; el Ejecutivo cuando recepta competencia —directamente de la Constitución— para emitir reglamentos teniendo en vista la ejecución de las leyes integrativas, mas no los expide⁸⁵⁷. 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.

Asimismo, los tribunales de cuentas, los tribunales superiores y los jefes de los ministerios públicos pueden igualmente incurrir en omisiones inconstitucionales y, por tanto, quedan comprendidos entre los órganos del “poder competente” al que alude el mencionado art. 103, § 2º, de la Carta federal. Tal conclusión se fundamenta en que dichos órganos tienen atribución para desencadenar el proceso legislativo⁸⁵⁸, con lo que, siendo así, pueden quedar incursos en la mencionada hipótesis omisiva⁸⁵⁹.

c) Cabe hacer una aclaración en torno a la citación al Abogado General de la Unión⁸⁶⁰, que siendo obligatoria en las acciones directas de inconstitucionalidad, no lo sería —según se ha afirmado— en las acciones directas por omisión, dado que en éstas no existe acto impugnado que deba ser defendido por aquel⁸⁶¹, salvo en las hipótesis de omisión parcial (o relativa), en las que deberá producir defensa para desvirtuar la alegada deficiencia de la norma⁸⁶².

Esta opinión ha quedado un tanto desacomodada (en lo tocante a la hipótesis de omisión absoluta) frente a lo dispuesto por el art. 12-E, § 2º, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), que establece que el “relator” o ponente *podrá solicitar al Abogado General de la Unión* que se pronuncie en el plazo de quince (15) días acerca

857 DA CUNHA FERRAZ, Anna Candida, *Processos informais de mudança da constituição*, Max Limonad, São Paulo, 1986, p. 51.

858 Los tribunales de cuentas podían hacerlo en función de la interacción de los artículos constitucionales 73, parte inicial, y 96; los tribunales superiores, de acuerdo con la parte inicial del art. 61, *Ibid.*; y los jefes de los ministerios públicos, sobre la base del segmento citado del art. 61 en correlación con el art. 128, § 5º, *Ibid.* (cfr. LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 151).

859 Ídem.

860 Se trata del jefe de la Abogacía General de la Unión, institución que —directamente o a través de un órgano vinculado— representa a la Unión, judicial y extrajudicialmente, siendo competencia suya, en los términos en que la ley complementaria dispusiese sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consulta y asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo (cfr. art. 131, parte inicial, y § 1º, de la Constitución federal).

861 Cfr. STF —Pleno— ADIn N° 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*, Atlas, São Paulo, 2000, p. 242 y nota 1.

862 DE MORAES, Alexandre, ídem.

del objeto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Aquí el poder del relator para evaluar la necesidad de intervención del AGU es amplia y, al menos en abstracto, la posibilidad de citarlo incluso en caso de una omisión absoluta no parece radicalmente obturada por la ley, aunque debe reconocerse que el tema presenta sus dificultades.

Sobre el punto y ante una consulta específica que a los efectos del presente trabajo le formuláramos, André RAMOS TAVARES⁸⁶³ indica que en Brasil es obligatorio que el AGU defienda la ley atacada de inconstitucional. Él desempeña, en ese caso, una función constitucional atípica (ya que es el defensor de la Unión, de su patrimonio e intereses y no de las leyes). Se considera que ofrece una especie de “*contestação*”, que en una analogía didáctica con el proceso civil implicaría una defensa propiamente dicha.

Si la *acción es de inconstitucionalidad por omisión*, la jurisprudencia ha entendido que el AGU no actúa (no precisa realizar una defensa pues no se atacó una ley, sino la falta de ley). En el particular, su “*manifestação*” es entendida como la oportunidad de hablar en el proceso en calidad de “parte”, como un ente con derecho procesal de expresarse oficialmente en el mismo, “incluso defendiendo la omisión, si fuere el caso”.

Quien es llamado a “explicarse” es el Congreso nacional, que se manifiesta o debería hacerlo, aunque si no lo efectuara tampoco podría ser sancionado al respecto.

d) Es preciso ahora traer a colación que el art. 103, § 1º, de la Constitución federal prescribe que el Procurador General de la República (que es el jefe del Ministerio Público de la Unión⁸⁶⁴) *deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del STF (“O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”)*. La Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), en su art. 12-E, § 3º, ha especificado que en las acciones directas de inconstitucionalidad por omisión en que el Procurador General de la República no fuere actor, tomará vista del proceso por quince (15) días.

Párrafo aparte merece la discutida cuestión de si los estados de la Unión están habilitados para incoar una acción de inconstitucionalidad por las presuntas omisiones incurridas por aquella (la Unión), que resultaren violatorias de sus respectivos estatutos

863 Profesor de la Universidad Católica de São Paulo y de la Universidad de São Paulo (respuesta enviada en abril de 2013).

864 Cfr. art. 128, I y § 1º, de la Constitución federal.

Por virtud del art. 127, parte inicial, *Ibid.*, se establece que el Ministerio Público es la institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

institucionales. Desde nuestro punto de vista, sí podrían plantearla en la medida en que se verificasen los supuestos establecidos legalmente para la procedencia de la acción, con un doble propósito: primero, como forma de asegurar y mantener una sana pervivencia del esquema estadual federal diseñado en Brasil; y segundo, como modo de garantizar la observancia de la preeminencia de la Constitución federal.

Sobre el punto, se ha dicho que “[c]omo 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”⁸⁶⁵.

B) *Legitimación*

Cabe recordar que la Ley fundamental de 1988 amplió la *legitimación activa* para la instauración de la acción directa de inconstitucionalidad.

Tal anotación en cuanto a la ampliación de la legitimación obedece a que en el sistema de control de constitucionalidad de la Constitución de 1967/1969, 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)⁸⁶⁶.

El art. 103, primera parte, de la actual Constitución federal⁸⁶⁷ acuerda una vasta nómina de legitimados activos, en la que quedan incluidos: I) el Presidente de la República, II) la Mesa⁸⁶⁸ del Senado Federal, III) la Mesa de la Cámara de Diputados,

865 BARRETO E SILVA FILHO, Derly, “As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 713, fascículo 1 [Doutrina], São Paulo, março de 1995, p. 20.

866 Cfr. MENDES, Gilmar, “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei”, en *Revista de Informação Legislativa*, Año 32, N° 126, Brasília, abril-junio de 1995, pp. 87-102.

867 De acuerdo con la redacción proporcionada por la Enmienda Constitucional N° 45, de 2004.

868 Para evitar cualquier malentendido, aprovechamos la ocasión para aclarar liminarmente que la palabra “Mesa [Diretora]” designa al órgano directivo de cada Cámara del Congreso y de éste mismo. Así, existe una “Mesa” de la Cámara de Senadores, una “Mesa” de la Cámara de Diputados y una “Mesa del Congreso”.

Esta última será presidida por el Presidente del Senado Federal (cfr. art. 57, § 5°, de la Constitución). En cuanto a sus atribuciones, por ejemplo, el art. 140, *Ibid.*, estipula que, oídos los líderes partidarios, la *Mesa del Congreso* designará una Comisión compuesta por cinco (5) de sus miembros para acompañar y fiscalizar la ejecución de las medidas referentes al estado de defensa y al estado de sitio.

Por su parte y en relación con las *mesas* de cada una de las Cámaras, el art. 57, § 4°, *Ibid.*, preceptúa que cada una de estas cámaras se reúne en sesiones preparatorias, a partir del 1 de febrero, en el primer año de la legislatura, para la toma de posesión de sus miembros y la elección de las respectivas *mesas*, por un mandato de dos (2) años, estando prohibida la reelección para el mismo cargo en la elección inmediatamente siguiente.

Asimismo, cabe advertir que en la composición de las *mesas* correspondientes deberá asegurarse, en la

IV) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, V) un gobernador estadual o el del Distrito Federal, VI) el Procurador General de la República, VII) el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), VIII) un partido político con representación en el Congreso nacional, y IX) una confederación sindical o entidad de clase de alcance nacional.

Es importante destacar que la mencionada Ley N° 9.868 había acrecentado el catálogo de legitimados activos *vis-à-vis* la redacción primigenia de la norma constitucional, haciéndolo extensivo a la “Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal” (art. 2.IV) y al “Gobernador del Distrito Federal” (art. 2.V). Ambos han quedado ahora también incluidos en el precepto de la Carta fundamental, como consecuencia de la Enmienda Constitucional N° 45, operada en 2004.

Como explica PIOVESAN, a la luz del art. 32, § 1, de la Constitución, aquella legitimación sólo sería concebible en caso de que el acto normativo distrital impugnado hubiera sido practicado en el ejercicio de la competencia estadual y no municipal⁸⁶⁹.

Según la autora citada en último término, la gran potencialidad de la ADO se encuentra justamente en la legitimación extendida introducida por el artículo 103 constitucional, que atribuyó habilitación para articularla a entes significativos como el Consejo Federal de la OAB, a los partidos políticos con representación en el Congreso nacional y a las confederaciones sindicales o entidades de clase con alcance nacional⁸⁷⁰.

medida de lo posible, la representación proporcional de los partidos o de los bloques parlamentarios que participan de la respectiva Cámara (cfr. art. 58, § 1º, *Ibid.*).

Las “mesas” de las cámaras tienen variadas funciones acordadas constitucionalmente. Veamos algunos ejemplos.

El art. 50, § 1º, dispone que “[l]os Ministros del Estado podrán comparecer ante el Senado Federal, la Cámara de Diputados, o ante cualquiera de sus Comisiones, por su iniciativa y mediante acuerdos con la Mesa respectiva, para exponer algún asunto de relevancia de su Ministerio”.

El mismo artículo, en su § 2º en conjunción con la parte inicial de la norma, establece que “[l]as Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal podrán dirigir pedidos escritos de informes a los Ministros del Estado” o a cualesquiera titulares de órganos directamente subordinados a la Presidencia de la República sobre un asunto previamente determinado, importando un delito de responsabilidad la negativa o el no cumplimiento, en el plazo de treinta (30) días, así como la prestación de informes falsos. A su tiempo, de oficio o a pedido de cualquiera de sus miembros o de un partido político con representación en el Congreso nacional, la Mesa de la Cámara respectiva declara la pérdida del mandato del diputado o senador que incurra en las conductas tipificadas en el art. 55, incs. III a V, de la Constitución (cfr. art. 55, § 3º), es decir, cuando: dejara de concurrir, en cada sesión legislativa, a la tercera parte de las sesiones ordinarias de la Cámara a la que pertenezca, salvo licencia o misión autorizada por ésta; perdiera o tuviera suspendidos sus derechos políticos; o cuando lo decretara la Justicia Electoral en los supuestos previstos en la Constitución.

Por último y en virtud de lo establecido en el art. 60, § 3º, las mesas de las cámaras de diputados y senadores promulgarán la enmienda constitucional.

869 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 111, nota 1.

870 *Ibid.*, pp. 115-116.

Cabe indicar que hoy, por imperio del art. 12-A de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), *los legitimados activos para deducir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión son los mismos que se encuentran habilitados para instar la ADIn y la ADC.*

Aquella amplitud normativa constitucional para pautar el alcance de la legitimación activa en orden a la articulación de la acción (que por ejemplo difiere de la previsión portuguesa, que —como vimos— ha diseñado un sistema más reducido de legitimados activos) fue puesta en práctica en un significativo caso que tuvo como protagonistas al Partido de los Trabajadores y al Partido Democrático Trabajador, los que articularon acción directa de inconstitucionalidad por omisión ante la no observancia por el Presidente de la República de la norma del art. 37.X de la Constitución federal⁸⁷¹. Nos referimos concretamente a la ADIn N° 2.061-7, Distrito Federal, Rel. Min. Ilmar Galvão, cuya sentencia fue proferida el 25 de abril de 2001 y publicada en RTJ 179-02/587⁸⁷².

Los requirentes alegaban que el mencionado dispositivo constitucional, al asegurar a los servidores públicos la revisión general anual de su remuneración, imponía al Presidente de la República, de conformidad con el art. 61, § 1, II, 'a', de la Carta federal⁸⁷³, el deber de remitir anualmente al Congreso nacional el proyecto de ley para revisar la remuneración de los servidores de la Unión, lo que no se hacía desde el 5 de junio de 1999, cuando el inc. X del art. 37 del texto constitucional, con la redacción de la Enmienda Constitucional N° 19, de 5 de junio de 1998, cumplió un año de vigencia. Concretamente, solicitaban que se estipulara el plazo para que el Presidente de la República enviara la propuesta legislativa para la revisión de la remuneración de los servidores de la Unión desde el 5 de junio de 1999, y que también se pusiera

871 El artículo 37 constitucional dispone en su introito y en su inc. X, de acuerdo con el texto provisto por la Enmienda Constitucional N° 19, de 1998, respectivamente, que “[l]a administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también, a lo siguiente: [...] X - la remuneración de los servidores públicos y el subsidio de lo que trata el § 4° del art. 39 solamente podrán ser fijados o alterados por ley específica, respetada la iniciativa privativa en cada caso, asegurada su revisión general anual, siempre en la misma fecha y sin distinción de índices”.

872 Salvo indicación en contrario, todas las sentencias del STF que aquí se citen pueden compulsarse en: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.

873 El siguiente es el texto de la mencionada disposición, en su parte pertinente:

“Art. 61. La iniciativa de las leyes complementarias y ordinarias corresponde a cualquier miembro o Comisión de la Cámara de Diputados, del Senado Federal o del Congreso nacional, al Presidente de la República, al Supremo Tribunal Federal, a los Tribunales Superiores, al Procurador General de la República y a los ciudadanos, en la forma y en los casos previstos en esta Constitución.

“§ 1° - Son de iniciativa privativa del Presidente de la República las leyes que: [...] II - dispongan sobre: a) creación de cargos, funciones o empleos públicos en la administración directa y autárquica o aumento de su remuneración”.

en conocimiento de aquel su deber de remitir tal proposición con una periodicidad máxima de doce (12) meses.

El STF admitió parcialmente el pedido formulado a través de la mencionada acción directa, dejando asentada la mora del Poder Ejecutivo en presentar el proyecto de ley previsto en el inc. X del art. 37 de la Constitución federal, y decidió dar conocimiento de ello al Jefe del Poder Ejecutivo, a quien correspondía la iniciativa del mencionado proyecto. Paralelamente, rechazó la solicitud dirigida a fijar un plazo al Presidente de la Nación para el envío de la mencionada propuesta, al interpretar que de acuerdo con la norma constitucional institutiva de la figura sólo procedía la fijación de plazo cuando la medida preterida se encontrara a cargo de un órgano administrativo, que no era el supuesto de autos porque la omisión de ejercer la iniciativa legislativa por el Presidente de la Nación configuraba un acto de poder, desencadenando el proceso legislativo, lo que no quedaba enmarcado en el conjunto de sus atribuciones administrativas.

Además de resultar importante la sentencia en tanto acogió —bien que parcialmente— el planteo de inconstitucionalidad por omisión instaurado, verificando la mora nada menos que del Presidente de la Nación, el fallo es igualmente trascendente por los efectos indirectos que produjo. Generó una serie de pronunciamientos en cadena que dieron respuesta a otros tantos planteos articulados por partidos políticos que requerían del Tribunal una declaración similar que constatará la omisión inconstitucional de los gobernadores de distintos estados respecto del cumplimiento de la mencionada pauta contenida en la Constitución federal, vinculante no sólo para el Presidente de la Nación, sino también para los gobernadores de los estados.

Entre tales pronunciamientos podemos mencionar —sin intención alguna de taxatividad— a los siguientes, que fueron emitidos en acciones directas de inconstitucionalidad por omisión iniciadas por el Partido Social Liberal: ADIn N° 2.492, São Paulo, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19 de diciembre de 2001, requerido: Gobernador del Estado de São Paulo, publicación: Ementario, Vol. 02062-02, PP. 00215; ADIn N° 2.497, Acre, Rel. Min. Ilmar Galvão, 19 de diciembre de 2001, requerido: Gobernador del Estado de Rio Grande do Norte, publicación: Ementario, Vol. 02061-01, PP-00105; y ADIn N° 2.507, Alagoas, Rel. Min. Ilmar Galvão, 18 de marzo de 2002, requerido: Gobernador del Estado de Alagoas, publicación: Ementario, Vol. 02065-02, PP-00414.

C) Requisitos de la acción

En la regulación de la figura, instrumentada por la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), se ha determinado que la petición deberá contener: *i*) la invocación de

la omisión inconstitucional *total o parcial* del cumplimiento del deber constitucional de legislar o de adoptar la medida de naturaleza administrativa, con las copias de los documentos necesarios para comprobar la alegación de omisión; y *ii*) el pedido con sus especificaciones (art. 12-B).

Si la petición inicial fuera inepta, carente de fundamentación o manifiestamente improcedente, será desestimada de plano por el ponente (art. 12-C). Tal decisión podrá ser recurrida.

Por último, una vez planteada la ADO, no procederá el desistimiento (art. 12-D).

D) Objeto de la acción. ¿Puede dictarse una medida cautelar en el proceso en que tramita la ADO?

a) En principio, la acción no fue pensada para la protección de los derechos subjetivos, sino para la defensa de la Constitución, o sea, de la plena realización de la voluntad del constituyente. Desde este punto de vista, es un instrumento de protección del ordenamiento constitucional que se inserta en el marco de los procesos *objetivos* de control normativo de constitucionalidad.

Pese a lo indicado al comenzar el párrafo precedente, no puede obviarse que, acertadamente, prestigiosa doctrina (Paulo BONAVIDES y Paes DE ANDRADE) ha visto en la inconstitucionalidad por omisión, positivada en la Constitución portuguesa y desde ella trasladada a la brasileña, “una de las mejores y más seguras innovaciones protectorias de la concretización de derechos que antes se insertaban adormecidos en el espacio programático de las Cartas constitucionales”⁸⁷⁴.

b) La figura que describimos es apropiada para perseguir la declaración de mora del legislador (o del órgano encargado de hacer viable la disposición constitucional)⁸⁷⁵, con el consiguiente desencadenamiento del proceso de suplencia de tal omisión inconstitucional⁸⁷⁶.

Es una acción directa, *in abstracto y a posteriori*⁸⁷⁷. Se ha dicho —no sin razón—

874 BONAVIDES, Paulo y DE ANDRADE, Paes, capítulo XV: “A Constituinte e a Constituição”, *História Constitucional do Brasil*, 10ª ed., OAB Editora, Brasília, 2008, p. 516.

875 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. DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, op. cit., “Declaração de inconstitucionalidade”, p. 200).

876 Cfr. CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 230.

877 En cuanto a la naturaleza jurídica de la ADO, se ha sostenido —en percepción de la que respetuosamente nos separamos— que la regla inscrita en el art. 103, § 2º, de la Constitución, otorgó al STF *una competencia administrativa*, en el sentido de fiscalizar apenas si se ha cumplido, por parte

que con la aludida forma de control se busca “pasar de la abstracción a la concreción; de la inacción a la acción; de lo descripto a lo realizado”⁸⁷⁸.

En cuanto a qué debe entenderse por “*medida para tornar efetiva norma constitucional*” a la que se refiere el art. 103, § 2º, de la Constitución, se ha indicado que ella debe ser comprendida como *acto materialmente legislativo*, es decir, general, abstracto e imperativo, que habrá de ser emitido por un órgano político o por uno administrativo, con el fin de que se cumpla integralmente el mandato constitucional⁸⁷⁹.

Como ha puesto de relieve MENDES, la ADO puede tener por objeto todo el acto complejo que forma el proceso legislativo, en sus diferentes fases. Añade que el sistema de iniciativa reservada establecido en la Constitución federal hace que la omisión de otros órganos que tienen competencia para iniciar el proceso legislativo sea también objeto de dicha acción. Apunta al respecto que en los citados casos de iniciativa reservada no cabe duda de que la ADO buscará, en primer lugar, desencadenar el proceso legislativo⁸⁸⁰.

c) Para intentar dar respuesta al interrogante del título de este apartado, se observa que en su momento se puso de resalto la improcedencia de acordar medidas cautelares en la acción de inconstitucionalidad por omisión, en primer lugar, porque el art. 102, parágrafo I, ‘p’, de la Carta magna dispone semejante concesión sólo en relación con

de las personas o los órganos enumerados en la parte inicial de tal art. 103, *el perfecto desempeño del deber constitucional de emitir actos legislativos* (LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 152).

878 TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 11ª ed. revis. y ampl., 2ª tir., São Paulo, 1995, p. 50.

879 LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 149.

El autor opta por tal acepción de la expresión a la que nos referimos en el texto, prefiriéndola a otra que interpreta la palabra “medida” como cualquier acto jurídico, materialmente legislativo o materialmente administrativo, que deba ser realizado por un órgano estatal con el fin de eliminar la omisión inconstitucional (ídem).

Dice que si fuera aceptada esta idea, en cuanto a que la omisión de practicar un acto materialmente administrativo puede causar el enjuiciamiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión, tal modalidad de control dejará fatalmente de ser abstracta para tornarse concreta. Esto ocurrirá porque los legitimados para la instauración de este tipo de fiscalización de constitucionalidad podrán impugnar la omisión de las autoridades toda vez que las mismas, por no actuar, no están respetando los derechos de un individuo. Por tanto y en vez de permitir este peculiar modo de sustitución procesal, existe el *mandado de injunção*, el que sí sirve para la solución de los conflictos causados por la violación de un derecho o una prerrogativa constitucionales que se generan a partir de la omisión inconstitucional (ídem).

Otro tanto ocurre —siempre en la visión del autor citado— en las hipótesis en que la omisión inconstitucional de realizar un acto materialmente administrativo no viole derecho o prerrogativa individuales (imposibilitando, por vía de consecuencia, el enjuiciamiento del *mandado de injunção*), y acabara por lesionar el patrimonio público, la moralidad administrativa, el medio ambiente o el patrimonio histórico-cultural, pues en estos casos daría lugar al planteo de una acción popular o de una acción civil pública (*Ibid.*, pp. 149-150).

880 MENDES, Gilmar, op. cit., “Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, pp. 989-990.

la ADI; y, por otro lado, si en la inconstitucionalidad por omisión la propia decisión de mérito se limita a *dar conocimiento* de tal preterición a los órganos políticos competentes para remediarla, la cautelar no podría tener efecto alguno⁸⁸¹. Al menos ése era el criterio del STF⁸⁸².

Incluso, pese a que la aludida Ley federal N° 9.868 (antes de la reforma instrumentada por la Ley N° 12.063) previó la concesión de una medida cautelar en la ADI, en virtud del citado criterio jurisprudencial dicha previsión legal no se trasladaba a la ADO. Así, el STF resaltó que su jurisprudencia se había afirmado en el sentido de proclamar improcedente la medida “*liminar*” en los casos de acción directa de inconstitucionalidad por omisión porque no era posible pretender que el mero proveído cautelar anticipara efectos positivos inalcanzables por la propia decisión final emanada del Tribunal (cfr. RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIn N° 267/D.F., Rel. Min. Celso de Mello; ADIn N° 361, con pedido de medida cautelar, Rel. Min. Marco Aurélio; y RTJ 162/877, ADIn N° 1.458/D.F., Rel. Min. Celso de Mello)⁸⁸³.

El panorama muda a partir de la innovación inoculada a la Ley N° 9.868 por la multicitada Ley N° 12.063. Precisamente, uno de los temas centrales (y, para algunos, polémicos) de tal remozado dispositivo legal se concentra en que el STF, por mayoría absoluta de sus miembros, puede dictar una *medida cautelar* en el marco de la ADO, en casos de urgencia excepcional e importancia de la materia, después de oír a los órganos o autoridades responsables de la omisión inconstitucional, los cuales deberán pronunciarse dentro de los cinco (5) días (art. 12-F, parte inicial).

Semejante cautelar podrá consistir en la suspensión de la aplicación de la ley o del acto administrativo que se cuestionen, en caso de omisión parcial; en la suspensión de procesos judiciales o procedimientos administrativos; o, incluso, en otra medida que el STF puede fijar (art. 12-F, § 1°). Si el ponente lo considerara indispensable, oírá al Procurador General de la República, en el plazo de tres (3) días (*Ibid.*, § 2°).

Concedida la medida cautelar, el STF hará publicar en una sección especial del *Diario Oficial de la Unión* o del *Diario de la Justicia de la Unión*, la parte dispositiva de la resolución en el plazo de diez (10) días, debiendo solicitar las informaciones a la autoridad o al órgano responsable de la omisión inconstitucional (art. 12-G).

881 LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 148.

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

883 HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, pp. 45-46 y notas 6 y 7 a pie de página.

Por tanto, *la pregunta inicial hoy puede ser contestada afirmativamente.*

E) ¿Puede admitirse la intervención de ‘*amici curiae*’ en la ADO?

Desde nuestro punto de vista, el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate jurisdiccional constitucional –ampliando los márgenes de deliberación por medio de argumentos públicamente analizados– en casos de trascendencia e interés sociales, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad⁸⁸⁴.

Esbozada la precedente aproximación básica a ciertos perfiles del instituto, el interrogante contenido en el epígrafe debe responderse *positivamente*.

En efecto, una lectura del varias veces citado capítulo II-A de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063) permite visualizar que se abre la compuerta para que en el ámbito de la ADO los *amici curiae* puedan intervenir, tal como ya sucedía respecto de la ADIn, en este último caso de conformidad con lo que *expressis verbis* establece el art. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868.

Así, según lo disciplinado en el art. 12-E, § 1°, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), los demás titulares de la ADO podrán manifestarse, por escrito, sobre el objeto de la acción y solicitar se reúnan los documentos reputados útiles para el examen de la materia, en el plazo de las informaciones, además de presentar memoriales antes del dictado de la sentencia por el STF.

Para DE FIGUEIREDO DANTAS aunque tal participación no está explícitamente condicionada a la admisión del Ministro Relator, como sucede con la ADIn (art. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868), igualmente se requiere tal control de parte de aquel, quien deberá examinar no sólo la representatividad de los postulantes, sino también su verdadero propósito de colaborar con el proceso y no de intentar defender intereses subjetivos propios (cfr. aplicación conjunta de los arts. 7, § 2°, de la Ley N° 9.868, y 12-E, § 1°, de esta normativa según Ley N° 12.063), tal como lo determina la parte inicial del aludido art. 12-E, *Ibid.*⁸⁸⁵

884 Sobre el tema, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver los siguientes: “Un acercamiento a la figura del *amicus curiae*”, *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, N° 14, Año XII, abril de 2013, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza, 2013, pp. 217-241; y “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, CEPC, Madrid, 2006, pp. 15-50.

885 DE FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto, *Direito Processual Constitucional*, 2ª ed. revista e ampl., Atlas, São Paulo, 2010, pp. 251-252.

Para finalizar esta breve referencia, traemos a colación la percepción del autor nombrado en el párrafo anterior, en cuanto a que otros órganos o entidades (distintos de los legitimados activos de la ADO) también podrán participar de ésta como *amici curiae*, aunque no exista previsión específica en el mencionado art. 12-E, § 1º, *Ibid.*, siempre que el Ministro Relator entienda que se cumplen los requisitos de representatividad adecuada y efectivo interés de colaborar con el proceso. Además, puntualiza que la decisión del Ministro Relator de admitir o rechazar el ingreso del *amicus curiae* es irrecurrible, de acuerdo con lo estipulado por los arts. 7, § 2º, de la Ley N° 9.868, y 12-E, parte inicial, del mismo cuerpo normativo conforme Ley N° 12.063⁸⁸⁶.

F) *Naturaleza jurídica de la resolución*

La sentencia que recaiga con motivo de ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por omisión es *declarativa* y con carácter *erga omnes*.

Deberá ser notificada al órgano “incumplidor”. Si se tratara del Poder Legislativo, en principio, no habrá fijación de un plazo para la adopción de las medidas pertinentes, sino que se concreta con la *verificación del incumplimiento inconstitucional*.

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 preexistente⁸⁸⁷.

Desde nuestro punto de vista, tal perspectiva condena a la acción a una cierta infecundidad, pues como ha afirmado BARBOSA MOREIRA en un voto contundente durante su antigua 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*⁸⁸⁸.

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 (30) días (o, como veremos, el que el STF estime “razonable”) para el cumplimiento de las providencias necesarias.

886 *Ibid.*, p. 252.

887 Cfr. RODRÍGUES MACHADO, Márcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, São Paulo, 1988, p. 55; aludida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “A inconstitucionalidade por omissão no Brasil”, en *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. IV, N° 1, Santiago de Compostela, 1995, p. 147.

888 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, en M.I. 6/90, IV Grupo de Cámaras Civiles del TJRJ, RDT/RJ, 10/88, enero-marzo de 1992, citado por HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, p. 51, nota 11.

Es preciso subrayar que, *prima facie*, la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063) no variaría el esquema descrito pues establece que, declarada la inconstitucionalidad por omisión, *se pondrá en conocimiento del poder competente para la adopción de las medidas necesarias* (art. 12-H).

Sin embargo, si la preterición fuese imputable al órgano administrativo, dicha ley establece que las medidas deberán ser tomadas en el plazo de treinta (30) días o, con cierta flexibilidad respecto de lo consagrado por la Constitución, *dentro de un plazo razonable que será establecido con carácter excepcional por el STF teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés público involucrado* (*Ibid.*, § 1°).

III. Distinción entre la inconstitucionalidad por omisión y el *mandado de injunção*

1. La disposición constitucional que instrumenta el *mandado de injunção*

En primer lugar, conviene evocar el art. 5°, inc. LXXI, de la Constitución brasileña, que dispone:

“Se concede el *mandado de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria haga 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* (M.I.) es una acción *particular* que tiene por objeto la protección de derechos y garantías personales, en casos concretos en los cuales la preterición que se acusa puede ser corregida judicialmente aunque, en principio, con efectos *inter partes*. Esto último merece una matización, que explicaremos más adelante.

2. Diferencias entre ambas figuras

A los fines de despejar dudas sobre el posible solapamiento de las dos figuras, es útil emprender una rápida distinción entre el *mandado* y la acción de inconstitucionalidad por omisión, garantías ambas que fueron incorporadas por la Constitución de 1988 como nuevos *writs* o formas directas de control de las omisiones de las autoridades públicas⁸⁸⁹.

889 En su momento se discutió en la doctrina brasileña acerca del carácter del *mandado de injunção* respecto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

A) *Competencia*

En la ADO, viene discernida exclusivamente al STF.

Por su parte, en el M.I., para que un órgano del Poder Judicial tenga competencia para juzgarlo es preciso que esta previsión esté en la Constitución federal, en la Constitución estadual o en una Ley federal⁸⁹⁰.

Particularmente respecto de la Constitución federal, la competencia se desgrana casuísticamente de la siguiente manera. Son competentes para juzgarlo *originariamente*: **i**) el STF, 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 esas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los tribunales superiores o del propio STF (art. 102, I, 'q'); y **ii**) 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 STF y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal (art. 105, I, 'h').

Asimismo, los *tribunales regionales electorales* receptan competencia al efecto, según puede inferirse del art. 121, § 4º, V, de la Constitución federal⁸⁹¹.

En lo atinente a la previsión de competencia del *mandado de injunção* en las constituciones estaduais, ella debe ser atribuida al respectivo *Tribunal de Justicia del Estado* o al *juez estadual*⁸⁹² competente.

Un sector de aquella se expidió en favor de la tesis que sostiene que el *mandado de injunção* es una "acción de inconstitucionalidad subsidiaria" (por ejemplo, CALMON DE PASSOS y LOPES MEIRELLES).

En la corriente inversa, otro importante segmento doctrinario con el que coincidimos (BARBOSA MOREIRA, BARROSO, QUARESMA, SIQUEIRA CASTRO) ha dicho 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 diferencias entre las dos figuras (que reseñaremos en el texto principal de este trabajo), respecto del objeto de las acciones, los alcances de las sentencias, entre otras.

Para ampliar acerca de las discrepancias doctrinarias expresadas en su hora, conviene ver QUARESMA, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, pp. 64-66.

Tal como se expone en el texto principal, debe advertirse que actualmente median algunas convergencias entre el M.I. y la ADO, fundamentalmente en cuanto a los efectos de las sentencias.

890 ROCHA, Tiago do Amaral, "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: estudo comparativo", *Âmbito Jurídico*, XV, N° 98, março 2012, Rio Grande (www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11220).

891 Ídem.

892 Ídem.

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 nacional⁸⁹³. Asimismo, como vimos, se han añadido como habilitados activos la Cámara Legislativa y el Gobernador del Distrito Federal⁸⁹⁴.

El *mandado*, por su parte, podrá ser incoado por cualquier persona física o jurídica (individualmente o en grupo) que tenga un interés jurídico personal en el dictado de la norma⁸⁹⁵. Tal legitimación activa *amplia* se condice con la naturaleza jurídica de este instrumento de control *concreto o incidental* dirigido a la protección de derechos subjetivos.

Dos cuestiones interesantes que en algún momento fueron discutidas respecto del alcance de la *legitimación activa* en el *mandado de injunção*, se centraban en: *i*) si podían hacerlo las *personas jurídicas de derecho público*, cuya habilitación finalmente fue admitida por el STF (en el M.I. N° 725) en tanto las consideró como titulares de derechos fundamentales; y *ii*) quiénes eran los legitimados para deducir el *mandado de injunção coletivo*, respecto de lo cual el STF hizo extensiva a este campo la legitimación activa prevista para el *mandado de segurança coletivo*⁸⁹⁶.

893 Art. 103, primera parte, de la Constitución.

894 Cfr., respectivamente, art. 2, aps. IV y V, de la Ley federal N° 9.868.

895 Incluso puede ser “despersonalizada” [*sic*], v. gr., una herencia vacante, una masa fallida, etcétera (cfr. DA FONSECA, Antônio Cezar Lima, op. cit., “Declaração de inconstitucionalidade”, p. 204).

896 Debe hacerse notar que por medio de la Ley N° 12.016/2009 se reglamentó el instituto del *mandado de segurança individual e coletivo* en el ordenamiento brasileño.

La novel ley vino a normatizar integralmente al *mandado de segurança individual*, antes reglamentado por la Ley N° 1.533/1951; y al *mandado de segurança coletivo*, que si bien fue previsto por la Constitución federal de 1988 en el art. 5°, inc. LXX, debió ser complementado doctrinaria y jurisprudencialmente ya que no contaba con reglamentación específica.

El art. 21 de la Ley N° 12.016/2009 se refiere a esta última tipología de *mandado de segurança*, determinando en su parágrafo único que los derechos cuya protección persigue son: *i*) los *colectivos*, es decir, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares el grupo o la categoría de personas vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica; o *ii*) los *individuales homogéneos*, o sea, los surgidos de un origen común y de la actividad o situación específica de la totalidad o de parte de los asociados o miembros del impetrante.

El citado artículo, en su tramo inicial, determina que en la modalidad colectiva, la *legitimación activa* viene dispensada a: *i*) un partido político con representación en el Congreso nacional, en la defensa de sus intereses legítimos relativos a sus integrantes o a la finalidad partidaria; o *ii*) a una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde, por lo

b) Pasiva

La ADO 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 del derecho invocado.

C) Objeto

Como anticipáramos, la acción de inconstitucionalidad por omisión es una modalidad de fiscalización *abstracta* (“*em tese*”), que persigue la defensa de la Constitución, cuya efectividad ha quedado bloqueada por la ausencia de norma reglamentaria⁸⁹⁷.

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 de disfrute de un derecho o una libertad constitucionales o de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, causada por la carencia normativa reglamentaria de una norma de *eficacia limitada*.

Se ha expresado que, en realidad, 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. Desde ese punto de vista, se ha sostenido que el *mandado* no podría utilizarse, por ejemplo: *i*) cuando la norma constitucional es autoaplicable; *ii*) cuando aún no se ha agotado el plazo impuesto judicialmente al órgano competente para que dicte la norma reglamentaria; *iii*) cuando la “laguna legal” puede ser suplida por los procesos de integración dispuestos por el art. 4 de la Ley de Introducción al Código Civil (analogía, costumbres y principios generales del Derecho); *iv*) 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 de promulgación; y *v*) cuando aun existiendo la

menos, un (1) año atrás, en defensa de “derechos líquidos y ciertos” de la totalidad o de parte de sus miembros o asociados.

897 Para graficar el objeto de la acción (y, concomitantemente, en orden a despejar cualquier intento de equiparación total con el propósito del *mandado de injunção* en la visión jurisprudencial primigenia), en una sentencia se ha dicho: “La acción directa de inconstitucionalidad por omisión, de que trata el § 2º del art. 103 de la nueva Constitución federal, no ha de ser propuesta para que se practique determinado acto administrativo en un caso concreto, mas sí apunta a que se expida un acto normativo que sea necesario para el cumplimiento del precepto constitucional que, sin él, no podría ser aplicado” (ADIn Nº 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, RDA 175/81-84, enero-marzo de 1989).

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)⁸⁹⁸.

D) Naturaleza y efectos de la sentencia

En la acción de inconstitucionalidad por omisión, el STF no se subroga en el accionar del órgano omitente, sino que declara la existencia de la inconstitucionalidad. Tiene efectos *erga omnes*.

Solamente podría fijar un plazo para subsanar la omisión inconstitucional si ésta proviniera de un órgano administrativo, el que —bajo pena de responsabilidad— debería concretarlo en un lapso de treinta (30) días (art. 103, § 2º, de la Constitución federal) o, como apuntáramos, en el “plazo razonable” que excepcionalmente puede fijar el Tribunal según las circunstancias del caso y el interés público en juego, en los términos del art. 12-H, § 1º, de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063).

A su turno, la resolución que recae en el M.I. es mandamental (constitutiva o condenatoria) y con efectos *incidenter tantum*⁸⁹⁹ y, en principio, *inter partes*.

La matización a que aludíamos líneas arriba radica justamente en desentrañar si el *mandado* produce siempre y en todos los casos efectos entre las partes del proceso. Es que en algunos pronunciamientos relativamente recientes pareciera despuntar en el STF lo que se ha dado en llamar la *posición concretizadora general*. O sea que su decisión produce efectos *erga omnes* hasta que el Legislativo cumpla con su desiderátum. Es lo que sucedió en las decisiones de los MM.II. N°s. 670, 708 y 712, en los que frente a la falta de norma reglamentaria, por unanimidad se determinó la aplicación de la legislación del derecho huelga de los trabajadores privados a todos los servidores públicos, a pesar de que el planteo fue efectuado por sindicatos, individualmente⁹⁰⁰.

Asimismo, en la sentencia relativa al M.I. N° 943, caso en el que se discutía la inconstitucionalidad por omisión ante la falta de sanción de una ley sobre el preaviso proporcional, el STF —al reconocer explícitamente la necesidad de adoptar un modelo de sentencia de talante aditivo— consideró conveniente, ante la multiplicidad de posibilidades sustanciales que podría asumir la norma que emanaría por medio de la

898 Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Mandado de injunção”, en *Livro de Estudos Jurídicos*, 2ª ed., N° 1, pp. 37-57; aludido por QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, pp. 88-89.

899 Cfr. QUARESMA, Regina, op. cit. en nota anterior, p. 97.

900 Cfr. LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*, 14ª ed. rev. atual. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 740-742; y ROCHA, Tiago do Amaral, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: estudo comparativo”, *idem*.

sentencia de inconstitucionalidad, consolidar y discutir las propuestas sobre el tema antes de decidir sobre el contenido de aquélla.

Se aprecia aquí una especie de convergencia y complementación entre el M.I. y la inconstitucionalidad por omisión en la percepción del Máximo Tribunal federal del Brasil.

Dada la importancia del tema, conviene efectuar al menos una sucinta reseña.

El art. 7 de la Constitución federal (recordamos, de 1988), que consagra los derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros dirigidos a la mejora de su condición social, prevé en su inc. XXI el preaviso (“*aviso prévio*”) proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta (30) días, *en los términos de la ley* (“*nos termos da lei*”).

El 11 de octubre de 2011, o sea, veintitrés (23) años después, se promulgó la Ley N° 12.506 relativa a la temática en cuestión. Según su art. 1, el preaviso al que refiere el capítulo VI del título IV de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, aprobada por el Decreto-Ley N° 5.452, de 1 de mayo de 1943, sería concedido en una proporción de treinta (30) días a los empleados que cuenten con hasta un (1) año de servicio en la misma empresa. El párrafo único de aquel artículo dispone que a tal preaviso se le incrementarán tres (3) días por año de servicio prestado en la misma empresa, hasta un máximo de sesenta (60) días, haciendo un total de hasta noventa (90) días.

En definitiva, durante un lapso muy considerable de tiempo el citado derecho estuvo pendiente de reglamentación. Dicha cuestión no pasó precisamente inadvertida para distintos trabajadores, que plantearon varios *mandados de injunção* en los que exigían una solución para salvar la omisión legislativa suscitada.

En febrero de 2013 el STF decidió, por unanimidad, que la norma sobre el pago del preaviso establecido por la Ley N° 12.506 debía aplicarse a otros casos en trámite ante el Tribunal en los cuales el tema hubiera sido planteado.

La causa fue examinada por el STF en el citado proceso M.I. N° 943, Rel. Min. Gilmar Mendes. En ella el Tribunal había decidido y concedido el *mandado de injunção*, suspendiendo el proceso el 22 de junio de 2011 para la presentación de una solución conciliatoria por el Tribunal con el objeto de colmar el vacío legislativo.

La propuesta, presentada en febrero de 2013 por el Min. Mendes y aprobada por el Plenario, estableció la aplicación de los parámetros de la Ley N° 12.506 a los *mandados de injunção* promovidos antes de la emisión de dicha ley y cuyos procesos fueron oportunamente suspendidos.

Lo anterior significa que el criterio fijado no se extiende indiscriminadamente a los procesos presentados con anterioridad a la sanción de aquella ley, pues —según el voto del Min. Mendes— por razones de seguridad jurídica no resultaba posible aplicar la citada solución a todas las situaciones jurídicas que se consolidaron entre la promulgación de la Constitución y el dictado de la ley. Ello porque la mora legislativa presupone cierto lapso temporal de inacción, no configurándose inmediatamente de promulgada la Constitución; y, además, por cuanto muchas situaciones se consolidaron de tal modo que la Constitución les atribuyó protección a título de “acto jurídico perfecto” o de “cosa juzgada”⁹⁰¹.

IV. Convergencias y divergencias entre la acción de inconstitucionalidad por omisión en los derechos brasileño y portugués⁹⁰²

1. Acercamientos

Cabe recordar que la introducción de la figura en el ordenamiento jurídico brasileño reconoce inspiración portuguesa, de lo que se desprenden algunas convergencias en el diseño de uno y otro instituto. En ese sentido, pueden reseñarse los siguientes aspectos coincidentes.

En ambos sistemas la ADO supondrá la declaración de dicha inconstitucionalidad omisiva y el hecho subsiguiente de dar conocimiento de tal circunstancia al órgano competente para que adopte las medidas necesarias para hacer exequibles las normas constitucionales. De ello se sigue que la decisión en el tándem de hipótesis analizado es *declarativa*⁹⁰³.

901 Cfr. “Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF”, 6 de fevereiro de 2013; Fuente: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144.

902 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 (arts. 28, 237, 238, 240); de 1838 (art. 13, § 1, y art. 123, § 1); de 1911 (art. 3, N° 31); de 1933 (art. 8, § 2); de 1976 (art. 293, N° 3 inicial; art. 63, N° 2; etcétera) —manteniéndose con las dos revisiones constitucionales de 1982 y 1989— (MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, pp. 514-515).

903 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 132.

Además, en los dos esquemas el control sobre la inconstitucionalidad por inercia es *abstracto*, juzgado a través de una *acción específica*, con eficacia *erga omnes* y *concentrado* en un único órgano jurisdiccional⁹⁰⁴: el Supremo Tribunal Federal, en el caso de Brasil; y el Tribunal Constitucional, en el supuesto de Portugal⁹⁰⁵.

2. Algunas diferencias

A pesar del vínculo filiatorio apuntado entre ambas acciones, existen ciertas disimilitudes entre las previsiones constitucionales en comparación, las que pasamos a reseñar sucintamente.

A) *Legitimación activa*

Es más estrecha en Portugal que en Brasil. En efecto, en la prescripción 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, el espectro de legitimación activa es más amplio, siendo dispensada a todas las personas enumeradas en la primera parte del artículo 103 constitucional y, como reiteradamente apuntáramos, a las comprendidas en el art. 2, incs. IV y V, de la Ley federal N° 9.868. En definitiva, de acuerdo con el art. 12-A de la ley citada en último término, en la versión modificada por la Ley N° 12.063, los habilitados activos para incoar la ADO son los mismos que para deducir la ADIn y la ADC.

B) *Tipología de omisiones cuestionables*

Como aclaración previa y aun cuando escapemos por un momento del propósito central de este recorrido que intenta marcar *diferencias* entre ambos ordenamientos, apuntamos una perceptible *coincidencia* entre ellos (bien que al influjo de las respectivas visiones jurisprudenciales del STF de Brasil y del Tribunal Constitucional portugués) pues aceptan la categorización tipológica de *omisiones inconstitucionales totales y parciales*.

Ya de regreso de la digresión y para continuar marcando algunas divergencias, vemos que en el modelo del país sudamericano, la acción abarca un radio más amplio

904 Ídem.

905 En el texto constitucional portugués de 1976, como tuvimos ocasión de apreciar *supra*, dicha fiscalización era competencia del Consejo de la Revolución, como garante del cumplimiento de la Constitución, órgano que decidía previo dictamen de la Comisión Constitucional.

que en el ámbito luso, pues en éste refiere a la omisión de las “medidas *legislativas* necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales” (artículo constitucional 283, 1); al tiempo que en el brasileño está prevista para “la omisión de una medida para hacer 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 darle viabilidad a la acción, aunque por vía jurisprudencial —como veremos— se considera aquella operable ante la *omisión de acto normativo* que naturalmente responde a un concepto más vasto que el de *omisión de acto legislativo*; mientras que el portugués focaliza la hipótesis de ausencia de las *medidas legislativas necesarias*.

Por tanto, la inconstitucionalidad omisiva en Brasil se verificaría en los supuestos en que no se realicen los actos legislativos o ejecutivos (generales) necesarios para “operativizar” las normas constitucionales⁹⁰⁶, aunque no sería procedente tal acción respecto de un *acto administrativo en concreto*.

C) *Naturaleza y efectos de la sentencia*

Como vimos, en ambos casos la naturaleza de la sentencia es idéntica: *declarativa*.

En cuanto al alcance preceptivo de la decisión, la de Brasil establece —una vez corroborada la omisión inconstitucional— un lapso de cumplimiento de treinta (30) días o el plazo razonable que el STF establezca, siempre que se trate de un órgano administrativo, alusión temporal que no aparece en la norma lusa, 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 período razonable— las medidas legislativas necesarias para la ejecutoriedad de las normas constitucionales; en cambio, con la revisión de 1982, el Tribunal Constitucional pasa a limitarse a “dar conocimiento” al órgano legislativo competente, actitud que le viene impuesta obligatoriamente, además de la publicación del decisorio en el *Diário da República*.

906 Vid. DA SILVA, José Afonso, op. cit., *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 51.

V. El tópico de los matrimonios de personas del mismo sexo

Incluimos una breve referencia a este sensible tema pues, con algún punto de conexión con una omisión legislativa, recientemente se han producido importantes novedades.

El 14 de mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia⁹⁰⁷ (CNJ) autorizó a los registros a celebrar casamientos entre personas del mismo sexo, que hasta ese momento sólo estaban contemplados como uniones civiles. Lo hizo por medio de una resolución⁹⁰⁸ en la que se dispuso prohibir a las autoridades competentes que rechazaran *la habilitación, la celebración de casamiento civil o la conversión de unión civil a casamiento entre personas del mismo sexo*. Estableció además que las autoridades que se negaran a celebrar los matrimonios entre aquellas personas serían sancionadas administrativamente y que tal negativa originaría la inmediata comunicación al respectivo juez que debería adoptar las medidas necesarias al efecto. Tal decisión fue impulsada por el Presidente del CNJ Joaquim Barbosa, quien también conduce el STF.

Debe tenerse presente que este Tribunal ya se había pronunciado unánimemente el 5 de mayo de 2011 (la discusión en sesiones plenarias se extendió hasta ese día pero comenzó el anterior), reconociendo la *unión homoafectiva como entidad familiar*. En puridad, la sentencia fue el resultado de la convergencia de la ADPF N° 132 y de la acción que fue recanalizada como ADIn N° 4.277.

En cierto sentido las pretensiones se basaban en la *omisión del Legislativo Federal* de regular normativamente la cuestión. Se alegaba que tal situación violaba normas y principios fundamentales como la dignidad de la persona humana, la igualdad, la prohibición de discriminación, la libertad y la protección de la seguridad jurídica (cfr., respectivamente, arts. 1, III; 3, V; y 5, *caput*, de la Constitución federal). Asimismo, los planteos perseguían que el STF realizara una *interpretación del art. 1723 del Código Civil (que regula las uniones estables) conforme a la Constitución*, entendiendo que en el ámbito de cobertura de tal disposición quedaban comprendidas las “uniones homoafectivas”.

Como anticipábamos, tales acciones fueron receptadas por el STF (Rel. Min. Carlos Ayres Britto), con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, *dando al citado*

907 Órgano que realiza el control externo del Poder Judicial.

908 Adoptada por catorce (14) votos a favor y uno (1) en contra.

precepto del Código Civil una interpretación conforme a la Constitución para excluir de él cualquier significado que impidiera el reconocimiento de la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo como “entidad familiar”, entendida ésta como sinónimo perfecto de “familia”, reconocimiento que debía realizarse siguiendo las mismas reglas y con las mismas consecuencias que una “unión estable heteroafectiva”⁹⁰⁹.

De hecho, la citada resolución del CNJ⁹¹⁰ se basó en el criterio general fijado en la sentencia del STF que acabamos de reseñar sucintamente, originando una orden operativa *erga omnes* (pero ya para los matrimonios homosexuales y no sólo las uniones civiles homoafectivas) pese a la inexistencia de regulación legal por parte del Poder Legislativo nacional.

VI. Reseña de algunos lineamientos jurisprudenciales respecto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y otras cuestiones conexas

Para brindar un panorama más amplio de los perfiles de la ADO en Brasil, es útil resaltar algunas líneas que conforman la doctrina judicial del STF al respecto. Veamos⁹¹¹:

- Como anticipábamos, sentó criterio en cuanto a la improcedencia del dictado de medida cautelar en el proceso donde se ventile la acción directa de

909 Para ampliar sobre pormenores de la tramitación de ambas acciones y otras cuestiones vinculadas con el tema central en análisis, ver BARROSO, Luís R., “Unões homoafetivas. Reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo”, op. cit., *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 421-445.

910 En realidad tal resolución del CNJ podía ser recurrida ante el STF, aunque al momento del dictado de la misma se especulaba con que ello carecería de toda utilidad, porque ya se conocía el criterio del Tribunal al respecto, el que quedara trasuntado en el citado pronunciamiento de 5 de mayo de 2011.

911 Más allá de cuanto diremos en punto a ciertos lineamientos jurisprudenciales del STF sobre la ADO, es interesante la advertencia que realiza PROVESAN, en el sentido de que se hacen perceptibles también ciertos vacíos en el criterio del Tribunal, por ejemplo, respecto de una clara definición de lo que debe entenderse por “confederación sindical” o “entidad de clase de alcance nacional” a los que se refiere como legitimados activos el art. 103, inc. IX, de la Constitución brasileña (PROVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 116-120).

Para un análisis de las dudas que se generan a partir de tales “vacíos”, remitimos al interesante examen que al respecto realiza la autora citada (*idem*).

inconstitucionalidad por omisión⁹¹², por supuesto antes de la modificación de la Ley N° 9.868 implementada por la Ley N° 12.063, que ya permite al STF que disponga una cautelar.

- Fijó su parecer en punto a que resulta perjudicada la acción en curso, por pérdida de objeto⁹¹³, cuando la norma que aguardaba reglamentación fuera efectivizada por el órgano competente⁹¹⁴.
- Igualmente tenía posición tomada acerca de la imposibilidad de conversión de la ADIn en ADO⁹¹⁵. Sin embargo, la vigente previsión de disposiciones procedimentales semejantes entre ambas acciones permite pensar hoy en el reconocimiento de su *fungibilidad procesal*, en superación de la antigua jurisprudencia que vedaba tal posibilidad. Así, el caso de la omisión inconstitucional parcial o relativa haría posible la eventual reconducción de la ADIn en ADO.
- Además, y por las mismas razones que llevan a la extinción de la acción directa de inconstitucionalidad cuando la norma infraconstitucional en ella atacada es revocada, se extingue la acción de inconstitucionalidad por omisión cuando la regla constitucional que demandaba la reglamentación es dejada sin efecto⁹¹⁶.
- La modificación de la Ley N° 9.868 efectuada por la Ley N° 12.063 ha atemperado el criterio en cuanto a que en la acción de inconstitucionalidad por omisión (absoluta) no corresponde que el Abogado General de la Unión sea oído, ya que no existe acto impugnado que deba defender, salvo en los casos de omisión relativa, en los que deberá comparecer para desvirtuar la invocada deficiencia de la norma. Es que, como adelantáramos, el art. 12-E, § 2°, de dicha ley determina que

912 Cfr., por ejemplo, las ya aludidas RTJ N° 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio, y ADIn N° 267/D.F., Rel. Min. Celso de Mello.

913 Es del caso poner de manifiesto alguna diferencia entre el criterio del Supremo Tribunal Federal brasileño y el del Tribunal Constitucional portugués sobre el particular, pues como tuviéramos ocasión de indicar *supra* (al tratar específicamente el devenir jurisprudencial del Tribunal luso), en varias sentencias dictadas en procesos en los que durante su tramitación se dictó la normativa “ausente”, el Tribunal no se excusó de decidir la cuestión ventilada sustentándose en que la situación devino abstracta o que perdió su objeto por inutilidad sobreviniente (o sea, lo que en ciertos ordenamientos constitucionales como el peruano se denomina “sustracción de materia”), sino que emitió decisiones de mérito declarando no tener por verificados los incumplimientos de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para tornar exequibles las normas de la Ley fundamental que el peticionante alegaba (v. gr., Sentencias N°s. 276/1989, 638/1995, 424/2001).

914 Cfr. HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, p. 46.

915 Ídem.

916 ADIn N° 1.836-5/S.P., Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 4 de diciembre de 1998; aludido por LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 148 y nota 2.

el relator o ponente *podrá solicitar a aquel que se pronuncie en el plazo de quince (15) días acerca del objeto de dicha acción*, con lo cual, ante un poder tan amplio de aquel, no queda radicalmente excluida la posibilidad de dar participación al AGU incluso en una hipótesis de omisión absoluta, aunque el caso ofrecería algunas dificultades.

- Por su parte, ha establecido que las cuestiones atinentes a la existencia o inexistencia de acción, pretensión e interés para actuar al momento de articular la acción por quien la deduzca, que hubieran sido alegadas por el requerido (es decir, por aquel a quien se atribuya la pretendida pretermisión), no son procedentes en el ámbito de la ADO dado el carácter objetivo del control abstracto de normas⁹¹⁷.
- Contempla la distinción entre *omisiones inconstitucionales totales y parciales*, de acuerdo con el siguiente razonamiento: si el Estado deja de adoptar las medidas necesarias para la realización concreta de los preceptos de la Constitución, en orden a hacerlos efectivos, operativos y exequibles, absteniéndose, en consecuencia, de cumplir el deber de prestación que la Constitución le impone, incurrirá en violación negativa del texto constitucional⁹¹⁸. De ese *non facere o non praestare*, resultará la inconstitucionalidad por omisión, que puede ser *total*, cuando ninguna providencia fuese adoptada, o *parcial*, cuando sea insuficiente la medida efectivizada por el Poder Público⁹¹⁹.
- Aunque la preterición inconstitucional pueda provenir de cualquier Poder Público, la jurisprudencia del STF solamente ha admitido la acción estrictamente en los casos de inercia específica de *acto normativo*⁹²⁰ y no de la falta de realización de *un acto en caso concreto*⁹²¹, pues la omisión de medidas concretas es susceptible de generar otro tipo de procedimiento (*mandado de injunção*). Al respecto, MERLIN CLÈVE acota que es evidente que la *omisión de acto normativo* corresponde a un horizonte conceptual mucho más amplio que el de *omisión de acto legislativo*, por lo que en el derecho brasileño el concepto de inercia inconstitucional engloba también la pretermisión de medidas normativas de cuño administrativo (v. gr., reglamentos), acerca de lo cual hace notar la diferencia con la inconstitucionalidad positiva. En ésta el concepto envuelve sólo a los actos que directamente contradigan a la Constitución, por lo que la actividad normativa secundaria (por ejemplo,

917 Cfr. RTJ 179-02/587, ADIn N° 2.061-7/D.F., Rel. Min. Ilmar Galvão, cit.

918 Cfr. ADIn N° 1.458-7/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, de 23 de mayo de 1996, cit.

919 Ídem.

920 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 115.

921 Cfr. ADIn N° 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, cit.

los actos normativos del Ejecutivo) es en principio exterior a aquella categoría, residiendo en el territorio de la *ilegalidad*; en cambio, la *omisión de medida normativa*, aunque sea de cuño secundario, queda alcanzada por el concepto de *omisión inconstitucional*⁹²².

- Puede ser objeto de la ADO la *inertia deliberandi* de las cámaras del Congreso. Así, el STF está habilitado para *reconocer la mora del legislador en deliberar sobre una cuestión, declarando de tal manera la inconstitucionalidad de la omisión incurrida*. En este sentido, el 9 de mayo de 2007, por unanimidad, recepitó la ADIn N° 3.682, Rel. Gilmar Mendes, planteada por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso contra el Congreso nacional, en razón de la mora en la elaboración de la ley complementaria federal a que se refiere el art. 18, § 4º, de la Constitución federal, según la redacción de la Enmienda Constitucional N° 15, de 1996 (“*A criação, a incorporacão, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal*”). No obstante los numerosos proyectos de ley complementaria presentados y discutidos en el ámbito de las dos cámaras legislativas, se entendió que la *inertia deliberandi* (discusión y votación) *también podría configurar omisión pasible de ser reputada inconstitucional*, en el caso de que los órganos legislativos no deliberaran dentro de un plazo razonable sobre el proyecto de ley en trámite⁹²³. Nótese que en el particular habían transcurrido más de diez (10) años desde la citada Enmienda Constitucional, lo que ponía de manifiesto la inoperancia del legislador mantenida durante un lapso prolongado.
- En lo que respecta a los efectos de la sentencia estimatoria de la ADO, el STF tiene decidido que la procedencia de dicha acción, desde que importa el reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, le confiere únicamente al Tribunal la capacidad de dar conocimiento de ella al legislador incumplidor, para que adopte las medidas necesarias en orden a la concretización del texto constitucional⁹²⁴. Asimismo, determinó que no le asiste al Tribunal, frente a los propios límites fijados por la Carta política en materia de inconstitucionalidad por omisión (art. 103, § 2º), la prerrogativa de expedir proveimientos normativos con el objetivo de suplir la inactividad del órgano legislativo incumplidor⁹²⁵.

922 CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 233.

923 MENDES, Gilmar, op. cit., “Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, p. 990.

924 Cfr. RTJ N° 162/877, ADIn N° 1.458/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, cit.

925 Ídem.

- Por último, interpretó también que de acuerdo con el art. 103, § 2º, de la Constitución, procede la fijación de plazo cuando la providencia omitida es a cargo de un órgano administrativo, por lo que no corresponde establecer aquella pauta temporal al Presidente de la Nación cuando omite ejercer la iniciativa legislativa, ya que ésta no se encuadra entre sus atribuciones administrativas porque al ser configuradora de un acto de poder, desencadena el proceso legislativo⁹²⁶.

VII. Consideraciones finales

1. La Constitución de 1988 atenuó la influencia del sistema de control de constitucionalidad incidental o difuso, al ampliar la legitimación activa para incoar la acción directa de inconstitucionalidad.

En efecto, de tal modo hizo viable una mayor injerencia del STF en la dilucidación de las controversias constitucionales trascendentes, mediante la fiscalización abstracta de las normas, a cuyo respecto —recordamos— recepta competencia originaria.

2. Según advierte TEMER, el constituyente brasileño de 1988 aprendió de sus 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 pertinente⁹²⁷.

Fue así como, justamente preocupándose por la efectividad de sus preceptos, el constituyente de 1988 se ocupó de introducir mecanismos jurídicos inéditos destinados al control sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, creando los instrumentos del *mandado de injunção* y de la ADO para reforzar el constitucionalismo del Estado Social⁹²⁸.

No menos expresivamente, FIGUEIREDO afirma que el profundo, arraigado y “legítimo deseo de que la Constitución sea efectivamente aplicada, en todos sus términos, creó, de manera original, la figura de la inconstitucionalidad por omisión”, acerca de lo que agrega que su *ratio essendi*, su raíz ontológica —como ocurre con el

926 Cfr. RTJ N° 179-02/587, ADIn N° 2.061-7/D.F., Rel. Min. Ilmar Galvão, cit.; con mención doctrinaria de GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, *Do processo legislativo*, p. 202.

927 Cfr. TEMER, Michel, op. cit., *Elementos de Direito Constitucional*, pp. 50-51.

928 PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, p. 187.

mandado de injunção— está de una u otra manera dirigida a cumplir el desiderátum constitucional⁹²⁹.

En dirección convergente, más allá de introducir tales mecanismos de control, priorizando una búsqueda que asegure la obtención de la amplia efectividad de los preceptos constitucionales⁹³⁰, terminó por consagrar un principio también inédito en la historia brasileña⁹³¹: el *de aplicabilidad inmediata de las normas que definen los derechos y las garantías fundamentales* (art. 5, § 1º), que puede reportar una utilidad singular a los fines de proveer mayores niveles de eficacia a las disposiciones constitucionales.

3. Coincidimos *mutatis mutandis* con DANTAS, en cuanto a que la sentencia que declare la inconstitucionalidad omisiva e intime al órgano de carácter administrativo a cumplirla en treinta (30) días o dentro del “plazo razonable” que imponga el STF, tiene potencialidad suficiente para emplazar en el marco de las prescripciones del derecho penal al funcionario renuente, en el supuesto de falta de cumplimiento 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 corresponderle⁹³².

929 FIGUEIREDO, Marcelo, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Edit. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 41.

930 No está de más recordar que el propio Supremo Tribunal Federal ha afirmado contundentemente la premisa del constituyente de 1988 en cuanto a dotar de eficacia a la Ley fundamental. Así, por ejemplo en la cit. ADIn N° 1.458-7/D.F., Rel. Min. Celso de Mello, expuso (en el folio 148) que: “[e]l sentido de la preocupación del legislador constituyente, con la posible falta de consideración de su obra por los poderes constituidos, fue bien realizado por Ritinha Stevenson, ilustre Magistrada federal en la Sección Judicial de São Paulo, que, en pasaje referente a la Constitución brasileña de 1988 y al tema de la normatización de su supremacía le dispuso un lúcido análisis, *verbis*: «La Constitución brasileña de 1988 fue pródigamente dotada de normas consagradoras de su supremacía, lo que no deja de ser una señal indicadora de la preocupación o aprensión del constituyente (y de los ciudadanos, indirectamente) por la posibilidad de su desobediencia, o de la falta de consideración de tal supremacía por los encargados de darle cumplimiento (*Constituição de 1988: Legitimidade - Vigência e Eficácia - Supremacia*, obra escrita en conjunto con Tércio Sampaio Ferraz Jr. y Maria Helena Diniz, p. 105, 1989, Atlas, SP)” [en todos los casos, el énfasis corresponde al original]. Seguidamente, añadió el Tribunal que “[e]s preciso proclamar que las Constituciones ‘consustancian’ órdenes normativas cuya eficacia, autoridad y valor *no pueden* ser afectados o inhibidos por la *voluntaria inacción* o por *acción insuficiente* de las instituciones estatales. *No se puede tolerar* que los órganos del Poder Público, incumpliendo, *por inercia y omisión*, el deber de emanación normativa que les fue impuesto, infrinjan, *con ese comportamiento negativo*, la propia autoridad de la Constitución y afecten, en consecuencia, el contenido ‘eficaz’ de los preceptos que componen la estructura normativa de la Ley Mayor” —remarcado del original— (*Ibid.*, folios 148-149).

931 Cfr. PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 187-188.

932 Cftar. DANTAS, Ivo, *Mandado de injunção*, 2ª ed., Aide, Rio de Janeiro, 1994, p. 65; mencionado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 287.

4. El tenor de las expresiones “dar conocimiento a” o “poner en conocimiento del” órgano remiso la declaración de la inconstitucionalidad por omisión, que resultaría de la decisión estimatoria de la acción, nos pone en contacto con las reflexiones vertidas por DA SILVA precisamente acerca del ríspido tema de los efectos de semejante determinación de anticonstitucionalidad omisiva.

Al respecto, señala tal autor que la sentencia que reconoce la inconstitucionalidad por omisión es “declarativa” en cuanto a aquel reconocimiento, mas advierte 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 omisión⁹³³. Puntualiza 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, ya 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 Judicial⁹³⁴.

No obstante ello, DA SILVA reconoce que si no lo cumple, prácticamente nada se podrá hacer dado que no hay manera de obligar al legislador a que legisle, y fue por eso que, en el caso de la inconstitucionalidad por omisión, el citado autor pugnó por la institucionalización de una decisión judicial normativa que valiera como ley si después de cierto plazo el legislador no supliere la omisión, aunque admite que el constituyente de 1988 no quiso dar ese paso al frente⁹³⁵.

5. Por su parte y para rescatar a las acciones de inconstitucionalidad por omisión del riesgo de caer en la inocuidad, acordamos con quienes han cuestionado alguna posición del STF basada en una interpretación meramente “procedimentalista” en el juzgamiento de tales acciones, pues sería más conveniente que dicho órgano adoptase medidas interpretativas de orden práctico⁹³⁶. Por ejemplo, la posibilidad de que al declarar inconstitucional la omisión fije un plazo para que el legislador omitente la supla confiriendo efectividad a la norma constitucional, y si el plazo se agotara sin el dictado de alguna providencia en el sentido expuesto, podría el propio Tribunal

933 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*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 404.

934 Ídem.

935 Ídem.

936 Ver, en tal sentido, PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 126-127; y HAMMES, Elia Denise, op. cit., “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão”, pp. 51-52.

quedar facultado para disponer normativamente de la materia, a título provisorio y hasta que el legislador (o Poder Público involucrado) procediese a elaborar la norma faltante⁹³⁷.

6. Más allá de lo indicado en el párrafo anterior y si bien es cierto que se visualiza en un primer momento que la institución tuvo una utilización bastante escasa, luego (en época relativamente reciente) se produjo en el STF una mutación en la percepción de la misma y, sobre todo, una línea más marcada en lo tocante a la utilización de sentencias atípicas o intermedias, fundamentalmente —en lo que interesa a los efectos de este estudio— de sentencias de *corte aditivo*.

De hecho, Gilmar MENDES, magistrado del STF y a su vez reconocido académico, ha sostenido: “En el tema de la omisión inconstitucional, el Tribunal ya viene adoptando, incluso, típicas sentencias de perfil aditivo, tal como ocurrió en el conocido caso del derecho de huelga de los servidores públicos. [...] En 25 de octubre de 2007, el Supremo Tribunal Federal, en cambio radical de su jurisprudencia, reconoció la necesidad de una solución obligatoria de la perspectiva constitucional y decidió declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, con la aplicación, por analogía, de la Ley 7.783/89, que regula el ejercicio del derecho de huelga en la iniciativa privada. Separándose de la orientación inicialmente perfilada, limitada a la declaración de la existencia de la mora legislativa en la sanción de la normativa reglamentaria específica, el Tribunal, sin comprometerse en el ejercicio de una típica función legislativa, pasó a

937 En una posición radicalmente contraria a la asunción de tales conductas por parte del STF, se ha manifestado LOURENÇO, para quien en el caso de que existan inconstitucionalidades por omisión, no hay para el Poder Judicial otro papel que el de apuntarlas —tantas veces cuanto se produzcan— a los órganos políticos responsables del vacío legislativo, agregando que si estos no lo suprimen, el error consistirá en la forma de elección de sus integrantes, en la medida en que los torne inmunes a la censura de la opinión pública tanto como a la inexistencia de mecanismos adecuados para la revocación de sus mandatos por mala actuación política de los parlamentarios (LOURENÇO, Rodrigo Lopes, op. cit., *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 147). Añade que, en el supuesto de que el Poder Judicial, seducido por la tentación del poder, pasara a decidir los casos en que hubiera omisiones inconstitucionales irremediables de modo distinto del que el autor propone, más allá de las dificultades prácticas con las que aquel poder se enfrentará, incurrirá en el error de anestesiar el tumor que se denunció: la crisis de la representatividad del Poder Legislativo (ídem).

El autor citado también sostiene que otorgar al Judicial la solución de las cuestiones que suscita la omisión legislativa inconstitucional, sería una “práctica profundamente antidemocrática”, ya que a aquel le faltaría lo esencial: la legitimidad obtenida con el voto (*Ibid.*, p. 146). Respecto del punto, agrega que el régimen democrático sería gravemente afectado si tal Poder “no elegido por el Pueblo, pudiese elaborar las normas reglamentarias de los dispositivos constitucionales, aun temporariamente, a causa de la omisión del Ejecutivo y el Legislativo” (ídem).

Por nuestra parte y en función de todo lo que venimos argumentando en este trabajo, disintimos de tan radical y restrictiva posición, que deja de lado principios institucionales básicos del Estado Constitucional, como la supremacía y la normatividad de la Ley fundamental.

aceptar la posibilidad de una regulación provisoria del tema por el propio Judiciario. El Tribunal admitió, por tanto, una moderada sentencia de perfil aditivo, introduciendo una modificación sustancial en la técnica de decisión del *mandado de injunção*⁹³⁸.

7. Llegados a este punto, se observa que los variados esfuerzos de la doctrina por idear y proponer medidas al STF para reforzar el vigor de sus pronunciamientos declarativos de la inconstitucionalidad por omisión, reconducen a una suerte de idea-fuerza: combatir lo que gráficamente se ha llamado el “*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*”⁹³⁹ que pareciera haber azotado durante ciertas épocas al ordenamiento brasileño.

938 Cfr. STF - M.I. 670, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes; M.I. 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e M.I. 712, Rel. Min. Eros Grau; ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24-02-2010, DJe-076, divulg. 29-04-2010, public. 30-04-2010, Ement. Vol. - 02399-02, PP-00219, RTJ Vol-00217-PP-00020 RSJADV, jul. 2010, pp. 28-47.

Un documentado acercamiento al tema realiza BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar, en el trabajo titulado “Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira”, en vías de publicación, que hemos compulsado gracias a la gentileza del autor en enviarnos el texto.

939 LENZA, Pedro, op. cit., *Direito constitucional esquematizado*, p. 306.

CAPÍTULO

V

VENEZUELA

I. Presentación del sistema venezolano de control de constitucionalidad

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999⁹⁴⁰) se recogen, en punto al sistema de “justicia constitucional”⁹⁴¹, todos los principios del modelo mixto o integral; es decir, el *control difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el *control concentrado*, de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que en la *jurisdicción constitucional* corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), respecto de leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución⁹⁴².

En relación con la anunciada existencia de un control *concentrado* y de un control *difuso* de constitucionalidad, cabe recordar que la Ley Orgánica del TSJ⁹⁴³ ha dispuesto lo siguiente:

- Que “el control *concentrado* de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se

940 Publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 36.860, de 30 de diciembre de 1999.

941 BREWER-CARÍAS critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su Sentencia N° 129, de 17 de marzo de 2000, en el sentido de que (tal Sala) “tiene atribuida competencia para ejercer la *jurisdicción constitucional*, es decir, la *potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional*” [énfasis del original], pues entiende que la noción de “justicia constitucional” es diversa de la de “jurisdicción constitucional”, además de que —estima— no es posible identificar la “jurisdicción constitucional” con “la potestad de juzgar en materia constitucional” que equivaldría a “justicia constitucional” (BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional*, T° III, 4ª ed., 2003, p. 2093).

Pasa a argumentar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce “jurisdicción constitucional” en tanto se le ha atribuido el monopolio para anular ciertos y determinados actos estatales: las leyes y los demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución, lo que no significa que tenga el monopolio del control concentrado de constitucionalidad de todos los actos estatales (ídem).

942 El autor citado en la nota anterior indica que, dentro del control concentrado, existe también una *jurisdicción contencioso administrativa* (e incluso una *jurisdicción electoral*), ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos (reglamentos) y no normativos, aunque siempre de rango sublegal (cfr., *Ibid.*, p. 2096).

943 Publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 37.942, de 20 de mayo de 2004.

publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda” (art. 5, antepenúltimo párrafo).

- Y que “todo tribunal de la República podrá ejercer el control *difuso* de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar; quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme” (art. 5, penúltimo párrafo).

Naturalmente, las modalidades fiscalizadoras del control de constitucionalidad mencionadas en última instancia reposan respectivamente en los arts. 335 y 334 de la Constitución.

En efecto, el primero prevé que el TSJ garantizará la supremacía y la efectividad de las normas y los principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y los principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del mismo y demás tribunales de la República.

A su turno, el art. 334, párrafo 1º, prescribe que “[t]odos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución”. Ya en su párrafo 2º, dicho precepto añade: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

II. Previsión constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión

Con arreglo al art. 336, numeral 7, *Ibid.*, se atribuyó a la Sala Constitucional del TSJ competencia para:

“7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o*

las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

Debe recordarse que en el texto constitucional publicado primigeniamente el 30 de diciembre de 1999, aquel segmento de la norma comenzaba diciendo: “Declarar la inconstitucionalidad *del poder legislativo municipal, estatal o nacional*”, aunque posteriormente, la versión incluida en la *Gaceta Oficial* de 24 de marzo de 2000⁹⁴⁴ apareció ya con la lógica corrección en cuanto a que la competencia de la Sala Constitucional en el numeral 7 del art. 336 consiste en: “Declarar la inconstitucionalidad *de las omisiones del poder legislativo*”.

Al respecto, BREWER-CARIÁS 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*⁹⁴⁵.

De hecho y como tendremos ocasión de comprobar *infra*, tal es el criterio de la Sala Constitucional que, en la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002 —sobre la que retornaremos—, expuso *mutatis mutandis* que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

De cualquier modo, la batería de instrumentos que el escenario jurídico venezolano muestra para combatir las omisiones inconstitucionales es bastante más amplia, ya que desborda el exclusivo marco de la acción directa que se infiere del art. 336, numeral 7, de la Constitución.

Efectivamente, desde un plano teórico los mecanismos jurídicos generales que podrían adoptarse son: *i*) la aplicación directa de la Constitución y la integración normativa (en procesos constitucionales u ordinarios); *ii*) la denominada “jurisdicción normativa”; *iii*) el control de la constitucionalidad de las leyes; y *iv*) el recurso de interpretación constitucional⁹⁴⁶.

944 Se trata de una reimpresión con correcciones del texto original, publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 5.453, Extraordinaria, de 24 de marzo de 2000.

945 BREWER-CARIÁS, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T° II, 4ª ed. aument. y anot., Colección Textos Legislativos N° 20, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 969.

946 Sobre este tema, ver para ampliar CASAL, Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, en PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (coord.), *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho. En homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés*, FUNEDA - Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 169-196.

III. La trayectoria jurisprudencial exhibida por la Sala Constitucional

1. Preliminar

Es interesante analizar el despliegue jurisprudencial que en el ámbito de la Sala Constitucional ha vivido la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea directamente a través de la previsión contenida en el art. 336, numeral 7, de la Constitución, o por medio de ciertas sentencias que indirectamente se han referido a algunas cuestiones que presentan puntos de vinculación con las pretericiones inconstitucionales y la fuerza normativa y suprema de la Constitución, por ejemplo —en esta última hipótesis—, dando eficacia directa desde la jurisdicción a ciertos preceptos constitucionales antes de la intervención del legislador para fijar una interpretación normativa con valor obligatorio aunque provisorio hasta que se concrete la tarea legislativa.

Para cumplir el cometido propuesto examinaremos a continuación: *i*) en primer lugar, un conjunto de sentencias que giran en torno a aspectos generales de la inconstitucionalidad por omisión; *ii*) en segundo lugar y a modo de caso testigo pues no es el único que la Sala pronunció al respecto, un decisorio en el que explicó los alcances de lo que denomina “jurisdicción normativa” y —como adelantábamos y según el propio pensamiento de la Sala— proporcionó aplicación inmediata a la Constitución, con el fin de que ella tuviera vigencia efectiva y brindara cobertura aun antes de que se dictaran las leyes para desenvolver los preceptos constitucionales; *iii*) en tercer orden, un tándem de fallos que reflejan la *bipolaridad* con que la Sala Constitucional puede conducirse al llevar a la práctica el instituto en foco; y *iv*) finalmente, una sentencia en la que aquella asume competencia, ante una pretendida omisión de la Asamblea Nacional, para juzgar si un fallo condenatorio de la Corte IDH contra Venezuela es o no ejecutable.

2. Forma de abordar el estudio jurisprudencial

Así, dentro del primer grupo, afrontaremos la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002; la Decisión de 19 de agosto de 2002, dictada en el Expte. N° 02-1470; y, ya en

Hemos consultado el trabajo en soporte informático (formato Word) que el propio autor amablemente nos enviara. La cita que realizamos se encuentra en la p. 3 del mismo. Se aclara que las sucesivas referencias que hagamos a este texto también corresponderán a su formato en Word.

conjunto por su atinencia temática y correlatividad cronológica, las Sentencias N^{os} 1.582, de 12 de junio de 2003, 2.073, de 4 de agosto de 2003 y 2.341, de 25 de agosto de 2003.

En un segundo momento, trataremos la Sentencia N^o 1.571, de 22 de agosto de 2001 (caso “ASODEVIPRILARA”), como precedente representativo del conjunto de causas en las que la Sala aplicó la (no exenta de polémica) “jurisdicción normativa”.

Luego mencionaremos brevemente una dupla de fallos que suponen, respectivamente, un uso razonable de la declaración de una pretermisión inconstitucional (Decisión N^o 1.043/2004, de 31 de mayo) y una utilización de dudosa procedibilidad de este mecanismo para justificar un “desborde” jurisdiccional de la Sala (Sentencia N^o 1.048/2006, de 18 de mayo).

Para culminar, efectuaremos una breve referencia a la Sentencia N^o 1.547/2011, de 17 de octubre, referida a la determinación por la Sala Constitucional de la ejecutabilidad o la inejecutabilidad de la sentencia pronunciada por la Corte IDH el 1 de septiembre de 2011, en el ya citado e identificado “Caso López Mendoza vs. Venezuela” (ver título noveno, capítulo I).

A) *Primer grupo de sentencias*

a) *Sentencia N^o 1.556, de 9 de julio de 2002*

a.1) Dicho fallo, emitido en el Expte. N^o 01-2337, es importante por cuanto sienta las bases jurídicas, sustanciales y procesales, del entendimiento de la Sala acerca de la inconstitucionalidad por omisión, por lo que varias sentencias sobre el particular terminan reenviando a él.

a.2) En el particular, el 17 de octubre de 2001, dos abogados interpusieron acción de inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Nacional porque había dejado de dictar, en el tiempo y el modo que ordenan las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución, las normas allí definidas.

Concretamente, y de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera, la Asamblea Nacional debía aprobar, “dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación”, una reforma parcial del Código Penal, una ley orgánica sobre estados de excepción y una ley especial territorial para el Estado Apure.

Por su parte, con arreglo a la Disposición Transitoria Cuarta y “dentro del primer año, contado a partir de su instalación”, debía hacer lo propio con una legislación sobre la sanción a la tortura; una ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas; una reforma a la Ley Orgánica del Trabajo en materia de prestaciones

sociales; una ley orgánica procesal del trabajo; la legislación sobre el Sistema Judicial, la Administración Pública Nacional, el Poder Ciudadano, el Poder Electoral, la legislación tributaria, de régimen presupuestario, de crédito público, una ley orgánica sobre defensa pública; una ley que desarrollara la hacienda pública estatal; una ley sobre régimen municipal; una ley del Banco Central de Venezuela; y la ley del cuerpo de Policía nacional.

Según los peticionantes, de tal conjunto de leyes, la Asamblea Nacional sólo dio aprobación a dos de ellas: la del Banco Central de Venezuela y la Ley Orgánica de Refugiados y Refugiadas, Asilados y Asiladas.

En función de ello, solicitaron se declarara la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido la Asamblea Nacional o se fijara un plazo perentorio para que ella cumpliera íntegramente la aprobación del ordenamiento jurídico pautado en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Constitución.

a.3) Ante tal planteo, la Sala se dedicó a analizar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión desde las perspectivas del derecho comparado y las aportaciones doctrinarias, para luego centrarse en el estudio específico de la cuestión en el derecho venezolano.

Sobre el particular, manifestó que el numeral 7 del art. 336 de la Constitución, consagra, por primera vez en el derecho venezolano, la institución de la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión en que incurra el Poder Legislativo cuando no hubiera dictado las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Una de las pautas centrales que demarcó sobre el instituto en general es que se trata de la inconstitucionalidad, no de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que hubiera incurrido algún órgano del Poder Legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Ya en particular, es decir, a la luz de la preceptiva constitucional venezolana, entendió que:

- A través del resolutorio la Sala se autoadjudica la competencia para el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión.
- No aparece limitada la iniciativa para activar el control de constitucionalidad que significa la declaratoria de inconstitucionalidad; tampoco, la legitimación activa para la interposición de la acción.

- Y no señala el alcance de los lineamientos para la corrección de la omisión, los que parecen quedar al arbitrio de la Sala Constitucional, ajustados a derecho.

a.4) Respecto del procedimiento aplicable para el juzgamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales, y pese a que tal determinación procedimental correspondía a los órganos legislativos del Estado (aunque no fue ejecutada), debía la Sala dar alguna canalización procesal al planteo.

Ello ante su criterio de que en principio y salvo obstáculo insuperable, la normativa constitucional debía ser aplicada de inmediato, por lo que de conformidad con la facultad derivada del art. 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁹⁴⁷ (LOCSJ), determinó que mientras no se hubiera establecido por ley el procedimiento propio de la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo en el cumplimiento de una obligación constitucional, se aplicaría a tal pretensión el procedimiento previsto en la LOCSJ para los juicios de nulidad de los actos de efectos generales —provenientes de su naturaleza—.

Simplemente a modo de comentario colateral para medir la proyección del fallo que se explora en el particular, debe quedar en claro que por imperio de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), la LOCSJ quedó derogada (cfr. Disposición Derogativa, Transitoria y Final Única, párrafo 1° de aquella), como así también las demás normas que resultaran contrarias a la LOTSJ. Ello se produjo el día 20 de mayo de 2004, es decir, en la fecha que esta última fue publicada.

a.5) Por lo demás y reenviando a la posición del pleno de la extinta Corte Suprema de Justicia, compartido por la Sala, ésta entendió que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar, por lo que cualquier persona, natural o jurídica, poseía la legitimación para ejercerla.

Siguiendo su hilo argumental, juzgó que la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, en razón de lo cual debía aplicarse en el caso el criterio antes referido. Además, entendió que los recurrentes estaban legitimados para ejercer la acción.

947 Tal preceptiva legal fue publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 1.893, Extraordinario, de 30 de julio de 1976. Específicamente su art. 102 preceptúa: “Cuando ni en esta ley, ni en los códigos y otras leyes nacionales se prevea un procedimiento especial a seguir, la Corte podrá aplicar el que juzgue más conveniente, de acuerdo con la naturaleza del caso”.

a.6) Finalmente y luego de observar que ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el art. 84⁹⁴⁸ de la LOCSJ concurría en autos, admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión que se imputaba a la Asamblea Nacional y ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación⁹⁴⁹ a los fines de la continuación del procedimiento, de conformidad con los arts. 112 y ss.⁹⁵⁰, *Ibid.*

En punto a los lineamientos para que su decisión tuviera operatividad dispuso:

- Notificar, por oficio, al Presidente de la Asamblea Nacional, con copia del escrito que contenía la solicitud; asimismo, emplazar a todo interesado mediante cartel, el cual sería publicado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala en uno de los

948 Precepto que establece:

“No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:

“1.- Cuando así lo disponga la ley.

“2.- Si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal.

“3.- Si fuere evidente la caducidad de la acción o del recurso intentado.

“4.- Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.

“5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.

“6.- Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación.

“7.- Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuya el actor.

“Del auto por el cual el Juzgado de Sustanciación declare inadmisibile la demanda o solicitud, podrá apelarse para ante la Corte o la Sala respectiva dentro de las cinco audiencias siguientes”.

949 De acuerdo con lo dispuesto por la LOTSJ, “[e]l Presidente, el Secretario y el Alguacil del Tribunal Supremo de Justicia constituyen el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, y los titulares de dichos cargos en cada Sala formarán a su vez el Juzgado de Sustanciación de la respectiva Sala” (art. 4, párrafo 1°).

Por su parte, tal norma estipula a continuación que “[e]l Juzgado de Sustanciación de las demás Salas distintas a la Sala Plena podrá constituirse con personas distintas a las señaladas en el párrafo anterior, cuando así lo decida la Sala Plena” (art. 4, párrafo 2°).

950 El contenido de tales normas puede ser sintéticamente presentado de la siguiente manera:

El art. 112 determina que “[t]oda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”.

El art. 113 estipula qué debe contener el libelo de demanda.

El art. 114 ordena que “[e]n la misma audiencia en que se dé cuenta de la solicitud, el Presidente dispondrá su remisión al Juzgado de Sustanciación junto con los anexos correspondientes”.

El art. 115 preceptúa que el Juzgado de Sustanciación decidirá acerca de la admisión de la solicitud dentro de las tres (3) audiencias siguientes a la del recibo del expediente.

El art. 116 enumera las personas a quienes debe notificarse el auto de admisión.

El art. 117 regula el plazo (y el comienzo de su cómputo) para que los interesados promuevan y evacuen las pruebas pertinentes.

El art. 118 fija el plazo para que la Corte resuelva la cuestión.

El art. 119 se refiere al contenido y el alcance del fallo por emitir.

Finalmente, el art. 120 dispone que la decisión que recaiga deberá publicarse inmediatamente en la *Gaceta Oficial* de la República.

medios impresos de mayor circulación que considerara dicho Juzgado; todo de conformidad con el art. 116 de la LOCSJ.

- Notificar además la decisión al Procurador General, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo.
- Conceder un plazo de sesenta (60) días continuos contados a partir del siguiente a aquel en que constare en autos haberse realizado la última de las notificaciones o la publicación del cartel que habían sido ordenadas, para que las partes presentasen los alegatos y pruebas que estimaran pertinentes, de acuerdo con el art. 117 de la LOCSJ.
- Concluido el término probatorio y conforme al art. 118 de la LOCSJ, la Sala dispondría de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de conclusión de la relación, para dictar su decisión, a menos que la complejidad y la naturaleza del asunto exigieran uno mayor.

b) Decisión de 19 de agosto de 2002

b.1) Fue proferida en el Expte. N° 02-1470, al que se acumuló la causa tramitada en Expte. N° 02-0763, iniciado el 4 de abril de 2002.

b.2) El 18 de junio 2002, un ciudadano se presentó ante la Sala interponiendo acción de amparo contra la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, en la que habría incurrido al no haber dictado en el lapso de un (1) año contado a partir de la fecha de su instalación, la legislación referida al Poder Electoral, tal como lo ordena el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución.

Señalaba el peticionario que hasta la fecha de la interposición de la acción “el único vestigio de parte de la Asamblea Nacional en materializar su obligación de dictar la Legislación correspondiente al Poder Electoral, es la aprobación en primera discusión del referido instrumento normativo, el día 14 de mayo de 2002, sin que hasta la fecha se haya debatido la misma en segunda discusión”. Asimismo, indicaba que en los registros contenidos en la dirección de Internet de la Asamblea sólo constaba que se había fijado para el 5 de septiembre de 2002 la entrada en cuenta del proyecto de la respectiva ley, sin que hubiese indicación de la fecha prevista para la segunda discusión.

Expresó también que, durante el primer semestre de 2002, había ocurrido una serie de hechos y circunstancias conflictivos que exigía que la ciudadanía pudiera contar con mecanismos legales efectivos para el ejercicio de sus derechos políticos, lo que no era posible por la omisión que imputaba a la Asamblea Nacional. Todo ello, según expuso, infringía sus derechos constitucionales a la participación política (activa y pasiva) y a la seguridad jurídica.

En síntesis, solicitó que se ordenara a la Asamblea Nacional la aprobación, en un plazo perentorio fijado a criterio de ella misma y bajo los lineamientos que la Sala determinara, la Ley de regulación del Poder Electoral a que se refiere el numeral quinto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución. Paralelamente, petitionó que se hiciera lo propio con la legislación referida al Sistema Judicial, al Poder Ciudadano, a la seguridad social y la normativa impuesta por las disposiciones transitorias de la Constitución.

b.3) En primer lugar, la Sala entendió que si bien el amparo articulado resultaría inadmisibile, no por ello podía cerrarse la puerta a la actividad jurisdiccional si la acción y la pretensión que ésta contenía podían ser encauzadas procesalmente por otra vía. En ese sentido, efectuó una interpretación *pro actione*, en defensa de la supremacía constitucional, y cambió la calificación jurídica de la acción intentada, ordenando su tramitación como acción de inconstitucionalidad por omisión, prevista en el numeral 7 del art. 336 de la Constitución.

b.4) Luego de declararse competente para entender en la acción de inconstitucionalidad ante la alegada preterición de la Asamblea Nacional y de rememorar las pautas procedimentales y sustanciales referidas a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, tanto en el derecho comparado como en el ordenamiento constitucional venezolano, que efectuara en la aludida sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002 (aunque sin nombrarla expresamente), admitió el planteo y ordenó la realización de las notificaciones y el cumplimiento de los demás recaudos previstos por la LOCSJ.

b.5) Por su parte, mediante decisión de 6 de noviembre de 2002, tomada en Expte. N° 02-0763 (iniciado el 4 de abril de 2002), ordenó la acumulación de éste al Expte. N° 02-1470 objeto de este comentario. Al efecto, la Sala indicó que se trataba de pretensiones idénticas sujetas a la misma tramitación, por lo que correspondía tal acumulación con el propósito de salvaguardar los principios de celeridad y economía procesales así como aquel de excluir la posibilidad de que se dictaran en ambos casos decisiones contradictorias.

c) Sentencias N°s. 1.582, de 12 de junio de 2003; 2.073, de 4 de agosto de 2003; y 2.341, de 25 de agosto de 2003

Dicha tríada de sentencias será analizada en conjunto en el presente epígrafe, pues las decisiones que la componen se encuentran concatenadas y marcan una secuencia cronológica y jurídica motivada en una serie de acontecimientos políticos e institucionales que convulsionaron la vida democrática de Venezuela.

Los pronunciamientos en cuestión fueron emitidos en los Exptes. N°s. 03-1254 y 03-1308.

c.1) Sentencia N° 1.582

El 15 de mayo de 2003, un abogado —actuando en su propio nombre— interpuso ante la Sala una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, con el N° de Expte. 03-1254.

El 21 de mayo del mismo año, otro letrado también dedujo dicha acción contra la Asamblea Nacional, a la cual se le dio entrada bajo el N° de Expte. 03-1308.

Al analizar ambos planteos, la Sala Constitucional del TSJ mencionó que se habían ejercido por distintos abogados dos acciones de inconstitucionalidad por omisión en contra de la Asamblea Nacional, en virtud de no haber designado a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Al respecto, y como ambas articulaciones presentaban idénticos supuestos de hecho, fundamento jurídico y peticiones, decidió acumular la causa contenida en el Expte. N° 03-1308 a la causa del Expte. N° 03-1254.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión que se le sometía, la Sala recordó la decisión de 9 de julio de 2002 (Exp. N° 01-2337), a la que nos refiriéramos *supra*, donde estableció los parámetros de la acción de inconstitucionalidad por omisión, pasando a transcribirla en sus tramos pertinentes.

Igualmente, evocó que según su jurisprudencia, las decisiones emanadas de las acciones de inconstitucionalidad por omisión y en que la Sala Constitucional —en virtud del mantenimiento de la integridad, efectividad y supremacía constitucionales, consagradas en los arts. 334 y 335 de la Carta magna— llenara los vacíos que pudieran tornar inoperantes las instituciones desde el punto de vista constitucional en virtud de tal pretermisión, tenían carácter estrictamente provisorio hasta tanto el órgano a quien se le imputaba aquella cumpliera con su obligación constitucional.

Asimismo, y ante el planteo dirigido a que se declarara la cuestión de urgencia y de mero derecho, con arreglo a lo dispuesto por el art. 135⁹⁵¹ de la LOCSJ, la Sala acogió aquella solicitud y declaró la cuestión de urgencia, abreviando ciertos plazos, mas denegó la petición de pleno derecho, pues el estudio del caso no requería un análisis objetivo, sino más bien sobre cuestiones fácticas como lo era el hecho de no

951 Tal precepto dispone: “A solicitud de parte y aun de oficio, la Corte podrá reducir los plazos establecidos en las dos secciones anteriores, si lo exige la urgencia del caso, y procederá a sentenciar sin más trámites.

“Se considerarán de urgente decisión los conflictos que se susciten entre funcionarios y órganos del Poder Público.

“La Corte podrá dictar sentencia definitiva, sin relación ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho. De igual modo se procederá en el caso a que se refiere el ordinal 6° del artículo 42 de esta Ley”.

designarse a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, siendo entonces necesaria la etapa probatoria.

En definitiva, la Sala dispuso:

- Acumular la causa contenida en el Expte. N° 03-1308 al Expte. N° 03-1254.
- Admitir las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa ejercidas por ambos abogados contra la Asamblea Nacional.
- Negar la solicitud de mero derecho y declarar la urgencia de la causa y, sobre tal base, reducir los lapsos y términos del proceso.
- Ordenar las notificaciones correspondientes al Presidente de la Asamblea Nacional, a la Procuradora General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo.
- Establecer los términos para que las partes y los interesados alegaran y probaran lo que estimaren pertinente, plazo a cuyo vencimiento el expediente debía remitirse a la Sala y, una vez recibido, debía dictarse sentencia dentro de treinta (30) días.

c.2) Sentencia N° 2.073

Cumplidas las notificaciones ordenadas en el resolutorio sobre el que acabamos de dar cuenta, se desencadenó una serie de vicisitudes procesales, entre las que pueden enumerarse: presentaciones de distintas personas peticionando ser tenidos como partes y de otras que intentaban ser considerados terceros interesados (las que fueron admitidas); solicitud de aclaratoria del pronunciamiento antedicho (la que en definitiva fue rechazada por haber sido articulada por quien no era parte en el proceso); pedimento de disolución de la Asamblea Nacional (el que fue desestimado); y requerimiento de los apoderados judiciales de esta última pugnando por el rechazo de la acción interpuesta, quienes además acompañaron en anexo la lista de las personas postuladas a ser parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral (el que, como veremos, también fue denegado).

Para conformar su resolución, la Sala elaboró una trama argumental respecto de la inconstitucionalidad por omisión y cuestiones afines con el *thema decidendum* que conviene al menos presentar aquí en forma condensada.

c.2.a) Afirmó que, de acuerdo con el art. 136 constitucional, el Poder Público de Venezuela está integrado por cinco (5) poderes, uno de los cuales es el Electoral, por lo que para que el régimen constitucional se desarrollara, era necesario que los cinco (5) poderes, entre ellos el Electoral, se encontraran constituidos.

En cumplimiento de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución⁹⁵², la Asamblea Nacional dictó la Ley Orgánica del Poder Electoral, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.573, de 19 de noviembre de 2002.

Por su parte, constató que los diversos pasos contemplados en la Disposición Transitoria Primera⁹⁵³ de la Constitución se cumplieron, excepto el nombramiento de los rectores electorales, los cuales debían designarse por la Asamblea una vez presentados por el Comité de Postulaciones Electorales, después de haber recibido las postulaciones de los diferentes sectores de la sociedad que podían hacerlo. Esta elección debía realizarse siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Electoral, reduciéndose a la mitad los términos allí estipulados.

Indicó que conforme al art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la elección de los rectores debería hacerse por la Asamblea Nacional dentro de diez (10) días continuos de haber recibido por Secretaría las listas de los candidatos o candidatas postulados por el Comité, elección que por ser la primera, debía abarcar todos los rectores electorales y sus suplentes, a fin de cumplir con la Disposición Transitoria Octava de la Constitución, eligiéndolos por única vez de manera simultánea y no de la prevista en el nombrado art. 30.

Por aplicación de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y para cumplir con el mandato constitucional prevenido en la Disposición Transitoria Octava, entendió que la Asamblea Nacional debió haber ejecutado la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley.

Reseñó que en fecha 8 de abril de 2003 se presentó a la Asamblea Nacional, para su elección, la lista de los postulados aceptados por el Comité de Postulaciones, y aquella no procedió a nombrar oficialmente los rectores o rectoras electorales dentro de los diez (10) días continuos, habiendo transcurrido con creces el lapso exigido por el art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

952 Con arreglo a tal Disposición Transitoria, los miembros electos en el régimen provisorio convocarían, organizarían y dirigirían los procesos electorales que hubiesen de llevarse a cabo, hasta que se promulgara una nueva ley electoral, ajustada a la Constitución de 1999.

953 Disposición Transitoria que reza: "La publicación de esta Ley en *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela se considerará como convocatoria a integrar el Comité de Postulaciones Electorales. La Asamblea Nacional deberá de inmediato designar los integrantes de la Comisión Preliminar. A partir de esa fecha, los diferentes sectores de la sociedad tendrán diez (10) días para postular sus candidatas o candidatos. La Comisión Preliminar preseleccionará y remitirá a la Plenaria de la Asamblea Nacional en un lapso no mayor de cinco (5) días continuos, a las postuladas o postulados a integrar el Comité de Postulaciones Electorales. Una vez instalado el Comité de Postulaciones Electorales, y a los efectos de abrir la postulación de candidatas o candidatos al Consejo Nacional Electoral por parte de los diferentes sectores de la sociedad, cada uno de los lapsos contemplados en esta ley se reducirán a la mitad del tiempo, siguiéndose los procedimientos establecidos".

Consideró que la omisión del nombramiento era “un hecho objetivo”, que se constataba por el solo transcurso del tiempo a partir de 18 de abril de 2003 y que se presumía obedecía a la inexistencia en la Asamblea de la mayoría calificada, consistente en el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, como lo exige el artículo 296 constitucional.

Advirtió que si bien en algunas materias esa falta de acuerdo podría no producir ningún efecto inmediato, en lo concerniente a la designación del Poder Electoral, donde la propia Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral ordenaban a la Asamblea Nacional la designación, la omisión —aun sin ser ilegítima— conducía a que la Sala declarara la inconstitucionalidad de la misma, estableciera el plazo para corregirla y, de ser necesario, los lineamientos de esa concreción (cfr. art. 336, numeral 7, de la Constitución).

Razonó que si fenecido el plazo, la Asamblea o el órgano de que se tratare no cumplieran, la Sala podía delinear diversos correctivos a la situación, pero en materias donde podía surgir una mora en la designación de los Poderes Públicos, el correctivo consistía en el nombramiento provisorio de los integrantes del Poder Público, hasta que el órgano competente cumpliera, caso en el que de inmediato cesarían las funciones de los provisorios, mas no la legalidad y validez de los actos por ellos realizados que cumplieran los requisitos legales. Al respecto, la Sala reiteró su doctrina judicial (ya expuesta por ejemplo en el caso “Julián Isaías Rodríguez”, fallo de 23 de septiembre de 2002), en cuanto a que se trataba de una situación casuística que permitía, caso a caso, variaciones en el correctivo que podía disponer.

c.2.b) No deja de ser interesante la afirmación de la Sala en cuanto a que “la omisión consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, *para que proceda, basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*”.

c.2.c) Por otra parte, merece siquiera una breve mención la reiteración⁹⁵⁴ del argumento de la Sala en cuanto a que debe garantizarse “[l]a aplicación inmediata de la Constitución, con el fin de que ella tenga vigencia inmediata y otorgue la cobertura constitucional, aun antes que se dicten las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales”. Se trata, concretamente, de lo que se ha dado en llamar

954 Tal doctrina judicial fue expuesta por la Sala en los casos “Emery Mata”, de 20 de enero de 2000; “Dilia Parra”, de 30 de junio de 2000; y “ASODEVIPRILARA”, de 22 de agosto de 2001, fallo este último que retomaremos *infra*.

la “jurisdicción normativa” de la Sala, tema sobre el que volveremos al tratar el caso “ASODEVIPRILARA”, cuya sentencia fuera emitida el 22 de agosto de 2001.

c.2.d) En resumen, constató la existencia de la omisión y, para dar cumplimiento al art. 335 de la Constitución (supremacía y efectividad constitucionales) y al numeral 7 del art. 336, *Ibid.*, y aplicar los plazos del art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, otorgó un lapso de diez (10) días continuos, a partir de la decisión que adoptaba, para que la Asamblea Nacional designara simultáneamente a los rectores electorales y a sus suplentes, conforme a la Ley Orgánica del Poder Electoral, entre los presentados por el Comité de Postulaciones.

Expuso, asimismo, que si transcurrido el lapso señalado la Asamblea Nacional no hubiera procedido a nombrarlos, la Sala lo haría dentro de un término de diez (10) días continuos.

Advirtió finalmente que el Consejo Nacional Electoral así nombrado podría dirigir cualquier proceso electoral conforme a la Ley que lo regía y, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Poder Electoral, proceder a elaborar los proyectos de ley allí señalados, así como las normas y los procedimientos para su funcionamiento, lo que incluía las reglas para convocar y efectuar referendos, a partir de 19 de agosto de 2003, las cuales regirían hasta cuando la Asamblea aprobara las leyes relativas a la materia.

Un apunte crítico de este fallo hace ver que *“es sumamente riesgoso desde la óptica de la división de poderes y del respeto a las funciones de la Asamblea Nacional que la Sala Constitucional, que en rigor carece de la competencia para hacerlo por sí misma, autorice al Consejo Nacional Electoral para regular el ejercicio de un derecho fundamental, imponiendo eventualmente condicionamientos o restricciones, con la única limitación de la provisionalidad de la normativa dictada. La Sala Constitucional podía seguir en este caso un camino distinto para garantizar la eficacia de la Constitución: reconocer al artículo 72 de la Constitución como inmediatamente aplicable, fijando tal vez algunos criterios generales, jurídicamente sustentados, referidos a la activación del referendo revocatorio, en ausencia de ley. Pero la sentencia, apelando a una aplicación inmediata de la Constitución que en realidad estaba siendo negada, siguió el sendero opuesto: dejar al derecho en suspenso hasta la intervención legislativa y conferir al Consejo Nacional Electoral la potestad de definir las condiciones de su operatividad. Los efectos de este precedente se extienden hasta hoy, pues el derecho de la ciudadanía a la iniciativa en materia de referendos se encuentra en la práctica en un limbo, ya que la legislación respectiva no ha sido dictada y el correspondiente derecho, cuyas alas fueron ya cortadas por aquella sentencia,*

*pende de una determinación normativa para cada ocasión por parte del órgano electoral*⁹⁵⁵.

c.3) Sentencia N° 2.341

En la presente sentencia, de 25 de agosto de 2003, la Sala explicó que como hasta la fecha del decisorio en cuestión la Asamblea Nacional no había designado a los rectores del Poder Electoral y estando dentro del lapso para que la propia Sala hiciera la designación, procedió a realizarlo vertiendo algunas consideraciones.

En primer lugar, manifestó que como se trataba de un nombramiento provisional no previsto en la Ley Orgánica del Poder Electoral, pero que atendía al mantenimiento de la supremacía constitucional, ante el vacío institucional producto de la omisión del nombramiento de los rectores electorales, aplicaría “en lo posible” tal ley, con las variables necesarias derivadas de la naturaleza de las medidas provisorias.

Advirtió que tomaría en cuenta el acucioso trabajo del Comité de Postulaciones Electorales y que en las designaciones nombraría rectores principales o suplentes a las personas que postularon la sociedad civil, el Poder Ciudadano y las Universidades Nacionales que podían hacerlo. Empero, aclaró que dejaba a salvo su poder para la elección de personas fuera de las que habían sido candidateadas.

También dijo que garantizaba al Poder Electoral que ella nombraba en forma provisorio, “la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos”.

Asimismo, sostuvo que con el fin de facilitar la integración del Consejo Nacional Electoral y sus órganos subordinados, procedía a designar su composición y la del Consejo de Participación Política, el cual de manera provisorio y ante el vacío constitucional, funcionaría como un ente consultivo del Poder Electoral.

Dentro de ese marco, designó a los rectores principales; al Presidente, Vicepresidente, Secretario y Consultor Jurídico del Consejo Nacional Electoral; a los integrantes de los órganos subordinados (Junta Nacional Electoral, Comisión de Registro Civil y Electoral, Comisión de Participación Política y Financiamiento); y a los miembros del Consejo de Participación Política.

Todos los designados fueron citados para la juramentación respectiva que se produciría el 27 de agosto de 2003, a las 11:00 a.m., en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional.

955 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, pp. 24-25 del trabajo en formato Word.

La sentencia en cuestión mereció la fuerte y certera crítica de BREWER-CARÍAS, quien afirmó que la Sala “no se limitó a suplir la abstención de la Asamblea Nacional nombrando a los rectores del Consejo Nacional Electoral, sino que extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público, procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando) y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que pudiera justificar tales nombramientos”⁹⁵⁶.

B) Segundo perfil de sentencias: la N° 1.571, de 22 de agosto de 2001 (pronunciada en el Expte. N° 01-1274), como caso testigo

a) El 12 de junio de 2001, el Presidente de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA), así como otros ciudadanos, actuando a nombre propio, interpusieron acción de amparo constitucional invocando los “derechos difusos de los comerciantes, industriales, camioneros, dueños de carros libres o por puesto, y en fin de todos los demás ciudadanos en situación semejante a las de ellos, víctimas que son de los financiamientos que los Bancos y las Entidades de Ahorro y Préstamo C.A., ofrecen mediante su publicidad y aplican denominándolos ‘Crédito Mejicano’, ‘Crédito Indexado’ o ‘Flexicrédito’”, en contra de la Superintendencia de Bancos y otros Institutos de Crédito, así como del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario (INDECU), “por la abstención de los cumplimientos de sus actos y de los deberes que les imponen sus cargos, materializándose así la violación de derechos y garantías constitucionales que ha posibilitado que numerosísimos Bancos y Entidades de Ahorros y Préstamo C.A. el otorgamiento de créditos hipotecarios y comerciales, con reserva de dominio, o quirografarios, denominados: Crédito Mexicano Indexado al Salario” [sic].

b) Más allá del caso puntual planteado y de los numerosos —y no menos relevantes aspectos— abordados por la Sala en esta sentencia, sólo nos interesa aquí reseñar algunas pautas vinculadas con la cuestión que denominó “jurisdicción normativa” y que tiene algunos importantes puntos de contacto con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Inicialmente se encargó de señalar que desde sus primeros fallos⁹⁵⁷ había venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los derechos humanos, los

956 BREWER-CARÍAS, Allan R., op. cit., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T° II, p. 972.

957 Por ejemplo, en los casos “José Amando Mejía”, “Corpoturismo” y “Servio Tulio León”.

derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las garantías y los deberes, son de aplicación inmediata, sin que fuera necesario esperar que el legislador las regulara, por lo que, en ese sentido, no actuaban como normas programáticas.

Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se basó en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y la efectividad de las normas y los principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala sobre el contenido o alcance de estos, vinculantes para las otras Salas del TSJ y demás Tribunales de la República.

Sobre la base del mencionado artículo constitucional 335, en los casos concretos donde surgía alguna infracción constitucional, la Sala había ejercido la *jurisdicción de manera normativa*, dándole vigencia inmediata a la disposición constitucional y señalando sus alcances o modos de ejercicio, aunque no existieran leyes que la desarrollaran directamente. Se trataba de interpretaciones vinculantes que obrarían como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legislara sobre la materia.

Agregó la Sala que, por esta vía, no sólo se habían colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal⁹⁵⁸, sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de aquellas, y jurisprudencialmente fueron sustituidas las normas inconstitucionales por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin de que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse⁹⁵⁹.

Rechazó las críticas dirigidas a aquella especie de ejercicio de la jurisdicción, en cuanto a que era fuente de incertidumbre, que no se encontraba contenida en la ley y que afectaba la seguridad jurídica por falta de predictibilidad.

Explicó la Sala que el artículo 335 constitucional permitía tal jurisdicción normativa, sobre todo con relación a normas programáticas existentes dentro de la Carta fundamental, que quedarían en suspenso indefinidamente hasta que el legislador tuviere a bien desarrollarlas, quedando también en suspenso su efectividad en el tiempo⁹⁶⁰.

958 Como sucedió —según apreciaba la Sala— en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos: casos “Defensoría del Pueblo”, de 30 de junio de 2000; “William Ojeda”, de 31 de agosto de 2000; y “Veedores de la UCAB”, de 23 de agosto de 2000. También, en los relativos a la legitimación en juicio de la sociedad civil (caso “Gobernadores”, de 21 de noviembre de 2000); o el que resolvió lo atinente al hábeas data (caso “Insaca”, de 14 de marzo de 2001).

959 Tal como la propia Sala expresa acacé con el procedimiento de amparo, en el aludido caso “José Amando Mejía”, de 1 de febrero de 2000.

960 Por esa razón, la Sala sostiene que ha rechazado dicho inmovilismo constitucional, por aplicación inmediata de los principios constitucionales en el mencionado caso “José Amando Mejía”.

Catalogó como “tendenciosa” a la crítica que apuntaba a la supuesta incertidumbre que causaría la Sala con este tipo de interpretación, ya que la interpretación constitucional sólo funcionaba cuando no existía ley que desarrollara la norma constitucional o ella fuera contraria a la Constitución, y siempre la interpretación quedaba proyectada hacia adelante, permitiendo que los ciudadanos (a futuro) se adaptaran a ella, motivo por el cual las sentencias se difundían y publicaban en la *Gaceta Oficial* de la República.

c) En función de tal jurisdicción normativa, la Sala reivindicó su facultad no sólo de reformar y aplicar procesos ya existentes, adaptándolos al artículo 26⁹⁶¹ constitucional, sino que ante los efectos extensivos de una declaratoria sobre los alcances de la norma constitucional que podía perjudicar a terceros, siendo lo lógico llamarlos a juicio, podía ordenarlo, siempre que el juez constitucional tuviera certeza de que podían verse afectados en sus derechos e intereses, debido a los efectos *erga omnes* del fallo; o bien considerara que debían participar de algún modo en el proceso por ser necesariamente co-obligados en la prestación que se demandaba.

Asimismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del art. 26 de la Constitución y a fin de que dicho precepto tuviera vigencia, la Sala había implantado a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no esenciales), que informaban a la administración de justicia en el nivel constitucional.

En ese sentido y ante la acción de amparo incoada, habiendo alegado los demandantes sus derechos e intereses difusos o colectivos, la Sala se entregó a dilucidar si lo invocado se ventilaría mediante el amparo o por otro proceso existente, adaptándolo al artículo 26 constitucional, para lograr el desiderátum de dicha norma: una justicia oral, expedita e idónea.

Fue así como la Sala decidió aplicar a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas —según indicó— a potenciar las pautas de oralidad, brevedad, concentración e intermediación de esta clase de procesos.

961 Tal precepto determina: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.
“El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

C) Un par de fallos que demuestran un evidente contraste en la actividad jurisdiccional de la Sala

Utilizaremos dos casos paradigmáticos para visualizar cómo el instituto de la inconstitucionalidad por omisión puede ser, respectivamente, empleado de maneras mesurada y prudente, o bien, desnaturalizado para “legitimar” la absorción por la Sala Constitucional de atribuciones y roles que no le competen y, así, obstruir al legislador.

a) Decisión N° 1.043/2004, de 31 de mayo

Para explicar sucintamente el contexto que derivó en el dictado del pronunciamiento del epígrafe, corresponde recordar la importancia de la cuestión que en su momento giraba en torno a la omisión legislativa relativa a la Disposición Transitoria Cuarta, num. 7, de la Constitución, acerca de la legislación de desarrollo de los principios constitucionales sobre el régimen municipal⁹⁶².

Con anterioridad a la sanción de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (y sobre la base de la proscripción constitucional contenida en tal Disposición Transitoria) a los Estados les estaba vedado modificar su organización político-territorial, con lo cual no podían activar competencias exclusivas reconocidas por la Constitución (art. 164, num. 2⁹⁶³).

Por medio de las Decisiones N°s. 3.118/2003, de 6 de noviembre, y 1.043/2004, de 31 de mayo, la Sala Constitucional planteó razonablemente el problema suscitado: de un lado, puso de presente que la limitación derivada de dicha Disposición Transitoria se explicaba a partir de los nuevos principios establecidos constitucionalmente, de lo que surgía como corolario que la respectiva normativa preconstitucional era insuficiente; y de otro, subrayó la gravedad de la omisión de la Asamblea Nacional, que redundaba en la imposibilidad de que las entidades territoriales desplegaran competencias propias.

De esa manera, la Sala declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional y, una vez fenecido el plazo concedido a ésta para emanar la legislación

962 La Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución estableció que, dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobaría: “7. La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal. De conformidad con ella, los órganos legislativos de los Estados procederán a sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales y a la división político-territorial en cada jurisdicción. Se mantienen los Municipios y parroquias existentes hasta su adecuación al nuevo régimen previsto en dicho ordenamiento”.

963 Tal disposición determina que es de la competencia exclusiva de los Estados: “2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político-territorial, conforme a esta Constitución y a la ley”.

correspondiente, adoptó las pautas temporales o provisionales a los fines de que los Estados pudieran ejercer sus poderes constitucionales.

Así, en la Decisión N° 1.043/2004, de 31 de mayo, estableció como regla aplicable a los casos que se presentaran a partir de esa fecha, y mientras se mantuviera la omisión por parte de la Asamblea Nacional, que la creación de nuevas entidades se haría según lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a lo que debía sumarse el referéndum previsto en el art. 71 de la Constitución, en el que habrían de participar los habitantes del municipio respectivo inscritos en el Registro Electoral, cuyo resultado sería vinculante y requisito *sine qua non* en el proceso de formación de la ley por tratarse de una *omisión constitucional*.

Tiempo después, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional sancionó la “Ley Orgánica del Poder Público Municipal” cuyo art. 1 indica que su objeto es “desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades organizadas, y a las comunas en su condición especial de entidad local, como a otras organizaciones del Poder Popular”.

Su art. 15 determinó que, antes de ser sancionado el proyecto de ley de creación, fusión o segregación de municipios, *debería ser sometido a referéndum*, “donde participarán los electores de los municipios involucrados, quedando aprobado si en el proceso concurren a opinar el veinticinco por ciento (25%) de los ciudadanos y ciudadanas inscritos en el Registro Electoral Permanente y el voto favorable a la creación, fusión o segregación es mayor al cincuenta por ciento (50%) de los votos consignados válidamente”.

En otras palabras, la Asamblea mantuvo el requisito del referéndum contenido en la decisión individualizada en último término, lo que a su vez implicaba ponerse en línea con lo dispuesto en el artículo 71, párrafo 2°, constitucional⁹⁶⁴.

964 Ese segmento de la norma estipula: “*También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal, o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten*”.

b) Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo (y su conexión con la Sentencia N° 829/2008, de 21 de mayo)

Es un fallo polémico (que ya citáramos⁹⁶⁵), del que CASAL ha afirmado que la Sala utiliza la inconstitucionalidad por omisión como instrumento de autoapoderamiento de la cúspide del Poder Judicial y de bloqueo del legislador⁹⁶⁶.

Se trataba de la acción de inconstitucionalidad por omisión deducida ante la mora legislativa en la aprobación del Código de Ética del Juez Venezolano o de la Jueza Venezolana.

Esta sentencia es una muestra palmaria de lo que se ha calificado como el “*uso indebido del instituto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa con el propósito de modificar la integración de la instancia de control disciplinario de los jueces, y de facultar luego al cuerpo renovado para alterar la normativa relativa a la instrucción del correspondiente procedimiento disciplinario*”, que según norma expresa de la Constitución es de la reserva legal (art. 255). Ello a través de ‘lineamientos’ supuestamente fundados en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución y de medidas cautelares desligadas de la pretensión principal aducida, las cuales llegaron al extremo de exigir cautelarmente a la Asamblea Nacional que suspendiera la tramitación del Proyecto del Código de Ética del Juez Venezolano o de la Jueza Venezolana, hasta que se dictara el fallo definitivo de la acción interpuesta, mientras la renovada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial elaboraba un Proyecto de Código de Ética que luego sería presentado al Tribunal Supremo de Justicia. También se emitieron apreciaciones anticipadas sobre el contenido del Proyecto preparado por la citada Comisión⁹⁶⁷.

La Sala se extralimitó, ya que empleó la acción incoada para “desmontar las ya precarias garantías de estabilidad de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, e impulsar la reorganización administrativa y normativa de una instancia que estaba más bien llamada a fenecer y la elaboración de un (nuevo) Proyecto del Código de Ética del Juez o Jueza que fuera tomado en cuenta por la Asamblea Nacional. También aquí se produjo, además, la legislación positiva por remisión, en lo que atañe a la regulación del procedimiento disciplinario judicial. *Esta normativa ‘provisoria’ estuvo en vigor por varios años más y la Sala continuó efectuando*

965 Específicamente en el título noveno, capítulo II, al ilustrar con un caso el enlace de la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión a partir de dos fallos: uno, de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela; y, el otro, de la Corte IDH.

966 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, p. 25 del trabajo en formato Word.

967 *Ibid.*, pp. 25-26.

*sustituciones de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial con posterioridad a la sentencia definitiva del caso, en el mismo proceso de inconstitucionalidad por omisión*⁹⁶⁸ (ver Sentencia N° 829/2008, de 21 de mayo).

Este pronunciamiento es sintomático y representa una clara muestra de cómo se puede distorsionar un instituto como el de la *inconstitucionalidad por omisión*, pensado para cumplir un propósito loable: aportar a la preservación de la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y a la protección de los derechos fundamentales.

D) Acerca de la Sentencia N° 1.547/2011, de 17 de octubre

a) El 26 de septiembre de 2011 se dedujo ante la Secretaría de la Sala Constitucional una “acción innominada de control de constitucionalidad” por parte del Procurador General de la República y otros abogados de ese órgano, contra el fallo de la Corte IDH de 1 de septiembre de 2011, recaído en el “Caso Leopoldo López vs. Venezuela”, en el que se condenó al Estado venezolano.

La parte demandante solicitó la admisión de la “acción innominada de control de constitucionalidad”, la declaración de inejecutabilidad e inconstitucionalidad de la citada sentencia de la Corte IDH, la fijación de audiencia oral y pública y la exhortación al Ministerio Público para iniciar las acciones penales contra el ciudadano Leopoldo López Mendoza.

b) En orden a justificar su competencia para entender en el asunto, la Sala Constitucional argumentó la existencia de una omisión por parte de la Asamblea Nacional. Al respecto, expuso que:

“[A]l haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las ‘*decisiones emanadas de los órganos internacionales*’ de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión ‘*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*’, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido

968 *Ibid.*, p. 26.

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio⁹⁶⁹ [cursivas del original].

En definitiva, la Sala calificó como inejecutable el fallo de la Corte IDH en el que se había condenado al Estado venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)”, a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones de 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del art. 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Asimismo, la Sala declaró que el Sr. Leopoldo López Mendoza “goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse sólo de una inhabilitación administrativa y no política”.

c) Este decisorio, en el cual la Sala Constitucional se arroga competencia para resolver la cuestión articulada, implica —según CASAL— “la tergiversación de la institución de la inconstitucionalidad por omisión para justificar una competencia de la cual se carece. Ello con base en una lectura errónea del artículo 31⁹⁷⁰ de la Constitución, contraria además a su artículo 23⁹⁷¹, pues aquel precepto en modo alguno establece que el cumplimiento de las decisiones emanadas de los organismos internacionales de derechos humanos deba estar condicionada a algún mecanismo

969 Cfr. ap. IV de la sentencia, bajo el título: “Competencia de la Sala”.

970 Tal disposición constitucional establece:

“Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

971 Dicha norma prevé:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

de control o verificación previa del contenido de la decisión, que el legislador deba establecer. Se refiere más bien a la obligación de facilitar su observancia⁹⁷².

Desde luego acordamos con el diagnóstico del autor citado y, por nuestra parte, añadimos que el pronunciamiento es una muestra más de que —en no pocas ocasiones— la Sala Constitucional emplea desmesuradamente la facultad de corregir presuntas omisiones inconstitucionales, como pretexto para absorber competencias que no le corresponden y desvirtuar la importante misión que la figura de la inconstitucionalidad por preterición, entendida en su justo cauce, puede reportar al Estado Constitucional y Convencional.

Por lo demás y como dijéramos en otro segmento del trabajo, la Sala se adjudica la inadmisibles atribución de analizar si una sentencia de la Corte IDH es o no ejecutable en el ámbito interno, lo que implica un despropósito que derriba principios fundamentales del derecho internacional y desconoce normas elementales de la CADH como, por ejemplo, su art. 67, que establece que toda sentencia de la Corte IDH es “definitiva e inapelable”, y su art. 68.1, que no deja lugar a dudas cuando dispone que “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

d) Sea como fuera, no fue ésta la primera vez que la Sala Constitucional se convirtió en *censora* de los pronunciamientos del Tribunal Interamericano, ya que en la Sentencia N° 1.939/2008, de 18 de diciembre, además de declarar “*inejecutable*” el fallo de aquel, recaído en la causa que examinó la arbitraria destitución de la tríada de jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, o sea el ya aludido “Caso Aplitz Barbera y otros vs. Venezuela”, inadmisiblemente desbordó todos sus límites al solicitarle al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH.

Y en fecha no demasiado lejana, se pasó de las palabras a los hechos pues en función de la nota oficial diplomática N° 000125 de 6 de septiembre de 2012 emanada del entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, Nicolás Maduro (actual Presidente de la Nación), siguiendo instrucciones del hoy extinto Hugo Chávez Frías y como anticipáramos, en fecha 10 de septiembre de 2012 se presentó ante la Secretaría General de la OEA la denuncia de la citada Convención.

Sin duda, se trata de un hecho de suma gravedad que excede el exclusivo y estricto interés de Venezuela e impacta fuertemente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

972 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, p. 29 del trabajo enviado por el autor en formato Word.

IV. Panorama de la temática de la inconstitucionalidad por omisión en Venezuela y algunas apreciaciones finales sobre la cuestión

De la urdimbre de la doctrina judicial presentada anteriormente y de la propia textura de la norma constitucional, pueden relevarse ciertas aristas para perfilar —bien que en forma primaria— los trazos básicos de la figura en la percepción interpretativa de la Sala Constitucional⁹⁷³.

1. En primer lugar, dada la ausencia de pautas rígidas en la Ley fundamental al institucionalizar la acción de inconstitucionalidad por omisión, pareciera que —en punto a la naturaleza jurídica de ésta— el constituyente ha intentado emplazarla en la categoría de *acción popular*, lo que automáticamente supone laxitud en el examen del requisito de legitimación para articularla.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional (por ejemplo, en la Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002), al apoyarse a su vez en el criterio que la desaparecida Corte Suprema de Justicia exhibiera acerca de la acción de inconstitucionalidad, sosteniendo que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación para poder actuar. De ello extrajo que cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

Sobre tal base argumental de la Corte Suprema, la Sala ha considerado que *la acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad*, premisa a partir de la cual construye una posición abierta y flexible al momento de analizar la habilitación de quienes impetran tal modalidad de acción.

2. Al recorrer sus pliegues jurisprudenciales, vemos que desde la señera Sentencia N° 1.556, de 9 de julio de 2002, la Sala ha acudido al derecho comparado y a la doctrina autoral extranjera para modelar los contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión, elementos entre los que cabe computar a la *categorización tipológica de omisiones que las distingue entre absolutas o totales y relativas o parciales* (ver —*inter alia*—, la Decisión de 19 de agosto de 2002 y la Sentencia N° 1.582 de 12 de junio de 2003).

973 Para una visión crítica de la labor de la Sala y lo que considera el “secuestro” por ésta del “Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política”, ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho* (cuyo subtítulo coincide en general con el entrecuadrado de los renglones anteriores a esta nota a pie de página), Los Libros de ‘El Nacional’, Colección Ares N° 48, Caracas, 2004.

Lo anterior permite inferir la aceptación de tal esquema taxonómico de omisiones inconstitucionales, como la propia Sala lo deja entrever en la Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003, al indicar que la *omisión* consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad ordenados por la Constitución, sea aquella *total o parcial*.

Obviamente, a tal interpretación coadyuva el tenor literal del art. 336, numeral 7, de la Constitución, al deferir a la Sala la atribución de “[d]eclarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta*”, texto que involucra a ambos tipos de omisiones contrarias a la Ley fundamental.

3. Vinculado con los parámetros para la tipificación de las pretermissiones inconstitucionales susceptibles de ser así calificadas por la Sala, ésta demuestra un criterio amplio y abarcativo cuando se trata de determinar si se está o no frente a una omisión.

Así, ha entendido que para que proceda la preterición *basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse*, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución no hubiera culminado (cfr. Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003)⁹⁷⁴.

4. La lectura de la norma constitucional que instituye la inconstitucionalidad por omisión en el contexto venezolano permite apreciar que se trata de una de las fórmulas más osadas de cuantas exhibe el derecho comparado. No sólo porque al parecer se la ha pautado como especie de acción popular, sino básicamente por el amplio radio de acción que se le confiere a la Sala para intervenir sobre las inercias en que hubiera incurrido el poder legislativo municipal, estatal o nacional, ya que puede declarar la existencia de tales comportamientos omisivos, establecer el plazo en el que el poder legislativo que corresponda deba salvar la pretermisión y, de ser necesario, hasta puede fijar los lineamientos para la corrección de ésta.

Se hace fácilmente visible que el tenor de la sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión en el sistema venezolano supera y desborda con

974 En un ejercicio hipotético de comparación entre las visiones jurisprudenciales portuguesa y venezolana, ante similares esquemas fáctico-jurídicos las respuestas serían diferentes. Así, mientras para el Tribunal Constitucional luso no habría inconstitucionalidad por preterición si existieran proyectos de ley y estos hubiesen sido aprobados en general y girados a la Comisión respectiva para su aprobación en particular (siempre que se mantuviera el criterio sentado en la Sentencia N° 36/1990, de 14 de febrero); para la Sala Constitucional del TSJ venezolano sí se configuraría omisión anticonstitucional censurable jurisdiccionalmente.

creces lo previsto, por ejemplo, en los ordenamientos constitucionales portugués y brasileño, aunque lo acerca a los de Ecuador y el Estado de Chiapas en México.

Sea como fuera, la Sala ha moldeado el criterio en cuanto a que puede aplicar diversas respuestas en función del supuesto concreto que deba afrontar. En otras palabras, entiende que se trata de una situación casuística que le permite, caso por caso, determinar variaciones en el correctivo que resuelva aplicar (ver, por ejemplo, lo manifestado en la Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003).

5. Pareciera que la Sala se mueve con un criterio desprovisto de rigidez formal a la hora de analizar la correcta catalogación de las acciones que se plantean para incitar el ejercicio del control sobre las pretericiones legislativas inconstitucionales. Dicho de otro modo, se muestra permeable a prescindir del *nomen iuris* de la acción instaurada y, aunque la misma sea inatendible en un determinado caso a los fines primigeniamente concebidos por el peticionario, la Sala reconduce la articulación calificándola como acción de inconstitucionalidad por omisión.

Por ejemplo, en la Decisión de 19 de agosto de 2002, dictada en el Expte. N° 02-1470, razonó que si bien la acción de amparo articulada resultaría inadmisibile, no por ello podía cerrarse la puerta a la actividad jurisdiccional si la acción —y la pretensión que ésta contenía— podía ser encauzada procesalmente por otra vía. En ese sentido y en lo que creemos constituye —al menos en abstracto— una señal de interpretación *pro actione* en defensa de la supremacía constitucional, modificó la calificación jurídica de la acción intentada y dispuso que tramitara como una de inconstitucionalidad por omisión.

6. La trayectoria de la Sala Constitucional en la materia es “pendular”. Por un lado muestra de qué modo a partir de su intervención la figura de la inconstitucionalidad por omisión puede ser razonablemente utilizada, manteniéndose la Sala que la detecta y decide corregirla, dentro de un marco de reflexividad y autocontención (Sentencia N° 1.043/2004, de 31 de mayo). Y, por el otro, exhibe un exceso competencial y desnaturaliza el instrumento de fiscalización en cuestión, para autoerigirse en una suerte de ente cupular del Poder Judicial y, paralelamente, cercenar el legítimo margen de maniobra del legislador (Sentencia N° 1.048/2006, de 18 de mayo).

En línea con el segundo de los pronunciamientos referidos también se presenta la Sentencia N° 1.547/2011, de 17 de octubre, que demuestra cómo la Sala Constitucional emplea un criterio amplísimo para servirse de la figura de la inconstitucionalidad por omisión y autohabilitar así su competencia al respecto, tergiversando el sentido de aquella al utilizarla impropiamente para ponderar si una sentencia de la Corte IDH es o no ejecutable en el ámbito interno venezolano.

Naturalmente ello es a todas luces un despropósito jurídico que atenta contra elementales principios del derecho internacional de los derechos humanos y colisiona frontalmente con los arts. 67 y 68.1 de la CADH.

Tal instrumento internacional fue finalmente denunciado por Venezuela en septiembre de 2012, en grave violación de la jerarquía y la supremacía constitucionales que en ese país ostentan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De hecho, se ha sostenido fundadamente que la denuncia de la CADH mediante la nota oficial diplomática que identificáramos anteriormente “es inconstitucional en virtud de ser violatoria de las normas y principios constitucionales relativos a la *jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisitos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31, 152 y 19, respectivamente, de la Constitución*”⁹⁷⁵ [énfasis del original].

7. Finalmente, y a modo de comentario acerca de la “jurisdicción normativa” que propone la Sala Constitucional, creemos que es interesante y plausible la impronta *activista* de tal órgano en favor de la vigencia y la operatividad de los preceptos constitucionales en un estado previo a la intervención del legislador (incluso ante la configuración de la omisión de éste en regular ciertos aspectos que requieran alguna reglamentación o pormenorización legal), en tanto proporcione una solución *provisoria* de modo de no subrogarse improcedentemente en el papel de aquel.

Justamente, CASAL advierte que la facultad de la Sala en el sentido expuesto en modo alguno puede ser concebida ni aplicada como una potestad legislativa paralela a la del legislador ordinario, que se distinguiría de ésta por su *provisionalidad*⁹⁷⁶. Añade que la naturaleza “normativa” de la función jurisdiccional cumplida por la Sala cuando colma vacíos legislativos para hacer operativos ciertos preceptos constitucionales estriba sólo en los efectos generales de los criterios sentados sobre el modo de aplicación de la disposición constitucional *hasta la intervención del legislador*⁹⁷⁷.

De cualquier modo, sobrevuela el riesgo de un hiperactivismo de la Sala, que pareciera considerarse “todopoderosa”. Así, por citar un aspecto que confirma el

975 Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 2, 2012, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 678-679.

976 CASAL, Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, enero-julio de 2001, Edit. Sherwood, Caracas, p. 176.

977 Ídem.

mote que utilizamos figurativamente, se ha adueñado del efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional, autohabilitándose incluso para crear acciones o procesos o para modificarlos (ver por ejemplo, lo resuelto en “ASODEVIPRILARA”).

Lo que en su momento permitía insinuar que la “normativa” resultante de ciertas decisiones de la Sala tendría carácter provisional, hasta la intervención del legislador, dado que representaba el “ejercicio de la jurisdicción con efecto normativo provisorio”; más adelante supuso que muchos de los criterios establecidos por aquella respecto de las acciones o recursos fueron asumidos como *interpretaciones necesarias de la Constitución, obligatorias también para el legislador futuro*.

Y tal escenario lleva a CASAL a ver en ello “una de las contradicciones lógicas de la jurisdicción normativa: si nace de la ‘facultad’ de establecer interpretaciones vinculantes, pertenece al campo de la interpretación de la Constitución y, por lo tanto, se refiere a desentrañar lo que la Constitución ya dicta u ordena, por lo que lo resuelto adquiriría una rigidez similar a la de la norma aplicada. Y lo cierto es que *esas supuestas interpretaciones que han terminado petrificándose no son tales, sino más bien regulaciones materialmente legislativas. El desarrollo jurisprudencial confirma que la llamada jurisdicción normativa encubría una inaceptable jurisdicción legislativa*”⁹⁷⁸.

978 CASAL, Jesús M., op. cit., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, pp. 12-13 del trabajo enviado por el autor en formato Word.

CAPÍTULO

VI

ECUADOR

I. Consideraciones iniciales

En cuanto a la evolución del modelo de órgano encargado del control de constitucionalidad a lo largo de la historia institucional del Ecuador⁹⁷⁹, se advierte en primer lugar algún incipiente ejercicio de fiscalización constitucional depositado en el *Consejo de Estado*, por medio de la Constitución de 1830, mantenido con matices en las constituciones de 1835, 1843 y 1851.

Esta última constitución contenía una disposición de interés en el tema que analizamos, pues el art. 82, ord. 1°, establecía: “Corresponde al Consejo de Estado: 1°) Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, *dirigiendo al Ejecutivo, bajo su responsabilidad en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión.*”

Posteriormente, la Constitución de 1906 modificó al Consejo de Estado, el que también recibió otras facultades por medio de la Constitución de 1929.

Cabe señalar que el *Consejo de Estado* fue remplazado por el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (en un efímero intento en la Constitución de 1945, luego retomado con fuerza en 1967⁹⁸⁰), que a su vez fue sucedido por el *Tribunal Constitucional*, antecesor directo de la actual *Corte Constitucional*⁹⁸¹.

979 Para un examen de la evolución histórica del órgano investido de la facultad de llevar adelante el control de constitucionalidad en el contexto institucional del Ecuador, puede verse, por ejemplo, VELÁZQUEZ, Santiago, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, Edino, Guayaquil, 2010, pp. 55 y ss.

980 Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° I, p. 535.

981 Este pasaje del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional ha sido bastante particular y no exento de críticas. Entre quienes han cuestionado ese proceso se cuenta Hernán SALGADO PESANTES, quien nos remitió su visión estrictamente personal al respecto. A continuación haremos referencia a ella.

El citado jurista sostiene que el Tribunal Constitucional que estaba en funciones cuando entró en vigencia la Constitución de 2008 (el 20 de octubre de ese año), “en forma arbitraria se autoproclamó ‘Corte Constitucional en transición’. Los 9 miembros de entonces pasaron a formar parte de ésta y se quedaron hasta la designación de los nuevos miembros a finales del año 2012. En esta designación de carácter cerrado se reeligieron a 3 antiguos (Sra. Segni y Sres. Pazmiño —Presidente— y Viteri), mientras que los restantes 6 son nuevos. Las actuaciones de Pazmiño y de los autoproclamados son vergonzosas, de una sumisión total al Presidente Correa. Así la Constitución garantista se ha vuelto ineficaz y hemos vuelto a tener una Constitución de papel”.

Añade que, recientemente (2013), “la nueva Corte demostró que sigue la ruta de la anterior: había una demanda de inconstitucionalidad dormida desde hace un año por un decreto presidencial que dispone la cesación en sus trabajos de cientos de funcionarios públicos (más de mil), cesación que el propio decreto llama ‘Renuncia Obligatoria’ (cuando una renuncia obligatoria va contra todo sentido común). De nada han valido las acciones de protección (amparo) y finalmente la Corte Constitucional —con su nueva integración— declaró no tener competencia para conocer la demanda de inconstitucionalidad presentada un año atrás, manifestando que los peticionantes debían dirigirse al tribunal contencioso administrativo para reclamar”.

II. En torno a la Constitución vigente

La Constitución en vigor (C.E.), aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, ha incorporado un significativo bloque de modificaciones en materia procesal constitucional para modelar un nuevo esquema de justicia constitucional, lo que naturalmente trae consigo no pocas dudas e incertidumbres sobre el funcionamiento actual y prospectivo del nuevo sistema.

En esa dirección y por citar sólo algunas de las innovaciones producidas, el Tribunal Constitucional (T.C.) dejó su lugar a la Corte Constitucional (C.C.), en lo que —al menos normativamente— supone mucho más que un mero cambio de denominación, pues la C.C. ha sido destinataria de un considerable acrecimiento competencial *vis-à-vis* el T.C., en buena parte traducible en flamantes o recicladas acciones constitucionales aglutinadas en su reservorio de atribuciones jurisdiccionales.

Sin perjuicio de ello y como apuntábamos en nota a pie de página, la C.C. ha funcionado durante bastante tiempo (hasta finales de 2012) con los mismos magistrados del ex T.C., con lo cual, al menos de momento, el cambio no evidencia su mayor potencial de impacto.

La matriz normativa que permitió a la C.C. operar con tal composición se sustentó fundamentalmente en el art. 27 del Régimen de Transición, publicado en la Constitución de la República en el *Registro Oficial* N° 449, de 20 de octubre de 2008, en concordancia con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), publicada en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial* N° 52 de 22 de octubre de 2009, derogatoria de la Ley del Control Constitucional, promulgada el 2 de julio de 1997.

Sea como fuera, la impronta que el constituyente ha pretendido imprimir a la C.C. alcanza su expresión superior en el art. 429 de la Constitución, donde la ha catalogado como *el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*.

Tal cláusula debe leerse en línea con lo que unos pasos más adelante la Ley fundamental deja verbalizado en el art. 436, inc. 1°, al entronizar a la C.C. como la *máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales*

El citado doctrinario cierra sus líneas aseverando que “estas renunciaciones obligatorias contradicen flagrantemente la Constitución garantista, los instrumentos internacionales, etc., pero aquí no pasa nada. Los estudiantes me preguntan: ¿Qué se puede hacer frente a estos hechos que se dan por docenas? Yo les respondo que, en sistemas autoritarios, ¡el ordenamiento jurídico no cuenta!”.

de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias, advirtiéndole que sus decisiones tendrán carácter vinculante.

III. Sobre el control de las inconstitucionalidades omisivas y las sentencias “atípicas”

1. Inconstitucionalidad por omisión

En este panorama introductorio no puede dejar de señalarse lo estipulado por el artículo 11 constitucional (que consagra los principios que regirán el ejercicio de los derechos), específicamente en su num. 8, *in fine*, que establece: “Será *inconstitucional cualquier acción u omisión* de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

Además, como órgano de clausura de la jurisdicción constitucional ecuatoriana, la C.C. recepta —*inter alia*— la atribución de “*declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley*” (art. 436, inc. 10, de la C.E.).

Un examen literal de la regla constitucional transcrita lleva a pensar que en caso de que las instituciones estatales o las autoridades públicas concernidas no cumplan, total o parcialmente, los mandatos contenidos en normas constitucionales dentro del encuadre temporal fijado en la propia Ley fundamental o en un plazo razonable a juicio de la C.C., ésta quedaría habilitada para expedir directamente la norma o ejecutar el acto omitido, entronizándose en una especie de *legislador suplente y provisorio*.

Así planteadas las cosas, podría arriesgarse que tal atribución excede los contornos del rol institucional y la capacidad funcional del órgano de cierre de la justicia constitucional, ya que absorbería funciones cuasi legisferantes para las que no está técnica ni operativamente preparado.

Es preciso hacer notar que el trazo de desmesura que exhibe la previsión constitucional en el particular ha quedado en cierto sentido morigerado, esencialmente respecto de las *pretericiones absolutas*, por la LOGJCC, cuyo art. 129,

inc. 1º, dispone: “En el caso de las *omisiones normativas absolutas*, se concederá al *órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación*. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia”.

En definitiva, un panorama del modelo diseñado por la LOGJCC sobre el punto puede ser presentado como sigue:

- La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión cae en la esfera del control *abstracto de constitucionalidad* (art. 128).
- Tal modalidad de control queda franqueada cuando los órganos competentes *omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales* (idem).
- Se acoge el deslinde clasificatorio de modalidades de omisiones normativas *absolutas y relativas* (en terminología *wesseliana*).
- El efecto del control sobre las *absolutas* ya fue reseñado (art. 129, inc. 1º), mientras que respecto de las *relativas*, se prevé que, cuando exista regulación que obvie elementos normativos constitucionalmente relevantes, las omisiones serán subsanadas por la C.C. a través de las *sentencias de constitucionalidad condicionada* (art. 129, inc. 2º, primer párrafo).
- Además, el control sobre las pretermissiones normativas *relativas* comprende la *determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios*, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión (art. 129, inc. 2º, segundo párrafo).
- Se manejan diversas categorías de sentencias constitucionales “atípicas”. Así, por ejemplo, se instaure una modalidad de resolución de *constitucionalidad diferida* para evitar la omisión normativa. En tal sentido, cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, es posible postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad (art. 130).

2. Decisiones atípicas o intermedias

Precisamente en torno a los pronunciamientos “atípicos” y al rol del juez constitucional en el Estado Constitucional, la C.C. realizó una laudable argumentación en la Sentencia 031-09-SEP-CC⁹⁸², emitida el 24 de noviembre de 2009 en el Caso 0485-09-EP (Juez Sustanciador: Dra. Ruth Seni Pinargote).

En esa ocasión expresó:

“Uno de los efectos principales que trae consigo el Estado Constitucional previsto en el artículo 1 de la Constitución de la República y el constitucionalismo contemporáneo, como nueva visión de la ciencia jurídica, es lograr la metamorfosis que debe desempeñar el juez constitucional. Así, por ejemplo, *de ser un juez supeditado a la regla vigente y sometido a métodos de interpretación exclusivamente exegeticos, pasa a ser el guardián de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución, aquellos que propenden alcanzar la justicia material*. Es así que con el fin de precautelar dichos contenidos materiales, generalmente plasmados en derechos constitucionales, y con el objetivo de efectuar una adecuada reparación integral en los términos previstos en la Constitución de la República, el juez constitucional debe abandonar aquellas *estructuras administrativistas propias del Estado Liberal de Derecho y que se plasmaban generalmente en sentencias típicas estimatorias [...]. El juez constitucional, como creador de derecho y en armonía con el constitucionalismo contemporáneo y con el Estado Constitucional, debe acoplar sus decisiones a la búsqueda de una auténtica justicia material, la misma que se podrá alcanzar únicamente a través de una adecuada reparación integral, para ello, resultará necesario que el juez constitucional inserte sus fallos en aquella categoría de sentencias atípicas o modulatorias; que eviten la reproducción de vulneraciones a derechos en casos futuros o similares (en el caso de garantías), y que finalmente pacifique y no agrave las consecuencias negativas que ya se han podido generar en la práctica (casos de control de constitucionalidad)”.*

Tal visión del problema por la C.C. es valiosa y será provechosa en la medida que tenga plasmación práctica en la jurisprudencia y que los fallos constitucionales en tal sentido sean acatados.

Al respecto, con tono crítico y refiriéndose al órgano jurisdiccional antecesor a la C.C., GRIJALVA ha puntualizado que “en el caso ecuatoriano, en particular, en las resoluciones del Tribunal Constitucional predomina una suerte de anacronismo jurisprudencial y doctrinario que ha impedido una adecuada tarea de definición y, por tanto, defensa de los derechos constitucionales. *Con frecuencia los derechos*

982 Publicada en el *Suplemento del Registro Oficial*, N° 98, de 30 de diciembre de 2009.

*constitucionales son confundidos con los derechos patrimoniales, los problemas de legalidad con los de constitucionalidad, mientras que los aspectos procesales son totalmente priorizados sobre los sustanciales. Así, por ejemplo, la teoría del acto ilegítimo, de clara raigambre administrativa, fue sobreutilizada para regular la admisibilidad del amparo, desatendiendo en cambio muchas veces el aspecto central de toda garantía, como es la violación de un derecho constitucional*⁹⁸³.

Añade el citado autor que si bien la C.C. debe respetar los contenidos esenciales de los derechos determinados por el constituyente, en tanto no es un órgano constituyente sino un órgano constituido y no puede ni debe sustituir en sus funciones al constituyente, ello no significa suscribir la tesis de Kelsen de la C.C. como “legislador negativo”, pues en el derecho constitucional moderno tiene un rol más amplio y complejo que la pura función de eliminar normas inconstitucionales⁹⁸⁴.

En ese marco se ha incluido a la *modulación de las sentencias y la inconstitucionalidad por omisión*, acotándose que “mediante la modulación de sus sentencias, la Corte regula el efecto de sus decisiones y por tanto puede incluso mantener vigente e intacto el texto dictado por el legislador, pero precisar la única interpretación constitucional de ese texto y por tanto excluir sus interpretaciones inconstitucionales (sentencias interpretativas). Al otro extremo, y en un ejercicio que le exige rigor técnico y prudencia política, la Corte puede excepcionalmente y en casos extremos dictar normas jurídicas provisionales cuando el legislador violando expresos mandatos constitucionales no ha legislado en una materia específica en el plazo que la Constitución le manda, creando incluso una situación violatoria de derechos⁹⁸⁵”.

IV. Una aproximación jurisprudencial

En el repertorio jurisprudencial de la C.C. no abundan las sentencias relativas a acciones de inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo, debe traerse a colación un fallo sobre el particular, que si bien es interesante para avizorar algunos rasgos del criterio de la C.C. sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión, no está exento de puntos objetables. Nos referimos al Caso N° 0005-10-IO, resuelto el 26 de enero de 2011 por medio de la Sentencia N°

983 GRIJALVA, Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar —Sede Ecuador— y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 280.

984 *Ibid.*, p. 281.

985 *Ídem*.

001-11-SIO-CC⁹⁸⁶, en la que el juez constitucional ponente fue el Dr. Patricio Herrera Betancourt.

En dicha causa la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas planteó (por medio de su secretario general) una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea General y el Ejecutivo, en tanto se les endilgaba la preterición de desarrollar el precepto constitucional previsto en la Disposición Transitoria Primera, inc. 1°, y el num. 3 del inc. 2° de la Constitución, los cuales respectivamente determinan que en los plazos máximos de ciento veinte (120) días el órgano legislativo aprobaría la “Ley electoral” y de trescientos sesenta días (360) haría lo propio con la “Ley que regule la participación ciudadana”.

El pleno de la C.C. declaró su competencia para resolver la cuestión, en los términos del art. 27 del citado Régimen de Transición, en concordancia con la Disposición Transitoria Tercera de la LOGJCC, sustentándose asimismo en el art. 436, num. 10, de la Constitución, en relación con el art. 128 de aquella ley y el art. 75 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la C.C.

La C.C., por mayoría, decidió: **i)** denegar la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada; **ii)** disponer como medida cautelar la suspensión por parte del Consejo Nacional Electoral de los procesos que se encontraran debidamente calificados para la revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular, hasta que la Asamblea Nacional regulara los requisitos y procedimientos para efectivizar este derecho de participación; y **iii)** declarar por conexidad la inconstitucionalidad parcial de la frase “por el plazo de siete días” contenida en el inc. 1° del art. 200 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, y el inc. 2° del art. 27 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, debiendo mientras tanto tenerse como plazo quince (15) días para la convocatoria a revocatoria de mandato por parte del Consejo Nacional Electoral (art. 106 de la Constitución).

Todos los jueces de la C.C. suscribieron la moción mayoritaria, con excepción del Dr. Manuel Viteri Olvera, quien salvó su voto postulando aceptar la demanda y declarar la *inconstitucionalidad por omisión normativa relativa* por inobservancia constitucional relevante, parcial y materialmente considerada, imputable a la Asamblea Nacional al haber omitido expedir en los textos secundarios desarrollados sobre la revocatoria del mandato, reglas básicas indispensables que garanticen la debida aplicación y el acatamiento de las normas establecidas en el art. 85 de la Constitución, es decir, para garantizar sustancialmente la dignidad del ser humano.

986 Fuente: www.corteconstitucional.gob.ec.

Como elemento analítico digno de resaltar, pues plasma una cierta impronta que es retomada por la mayoría en la sentencia que examinamos, debe puntualizarse que, dentro del Caso N° 0019-09-IC⁹⁸⁷, la C.C. había pronunciado la sentencia interpretativa N° 0001-09-SIC-CC, en cuya parte dispositiva —*inter alia*— estableció que: “2. La atribución de la Asamblea Nacional de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, no se limita por el vencimiento de los plazos por la norma constitucional transitoria; por el contrario, el poder del legislador de aprobar las leyes es una atribución específica, propia de su esencia que permanece vigente, pues lo fundamental es que la expedición de leyes responda a un profundo análisis legislativo y una importante participación ciudadana”.

Más allá del resultado de la decisión en particular y sin perjuicio de las matizaciones que luego formularemos, es útil repasar sintéticamente la argumentación de la moción triunfante pues de ella surgen algunos datos que permiten reconstruir —aunque sea rudimentariamente— ciertos contornos de la acción de inconstitucionalidad por omisión en la percepción de la C.C. a la luz del bloque normativo conformado por el texto constitucional y la LOGJCC. Así, pueden colacionarse los siguientes elementos:

- La Constitución establece la inconstitucionalidad por omisión como una institución del derecho constitucional asociada al *control abstracto de constitucionalidad*, correspondiendo a los jueces constitucionales determinar si las instituciones estatales o las autoridades públicas han *inobservado, por omisión, una disposición constitucional expresa, que contenga un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales*.
- La inconstitucionalidad por omisión legislativa presupone la existencia de un universo temporal, en donde determinada disposición normativa debe ser implementada en el ordenamiento jurídico, *aunque ello puede verse relativizado por circunstancias ajenas a la voluntad del legislador*.
- Aquella figura *guarda armonía con varios principios constitucionales y es así como bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se afirma el principio de supremacía constitucional*, lo que supone una aplicación material de los preceptos constitucionales y el *sometimiento de todas las personas, autoridades e instituciones a la Constitución, entre ellas, el Poder Legislativo*.
- En la acción de inconstitucionalidad por omisión se parte del supuesto de que *las instituciones o autoridades públicas pueden errar al inobservar preceptos constitucionales que les imponen el deber de desarrollarlos normativamente*.

987 Publicado en el *Registro Oficial*, N° 159, de 26 de febrero de 2010.

- La no producción legislativa que armonice el ordenamiento jurídico con el texto constitucional vigente puede generar una vulneración de los derechos constitucionales, por lo que, *cuando no se han desarrollado normativamente los preceptos constitucionales, esta omisión adquiere un sentido restrictivo de derechos.*
- La *naturaleza jurídica* de dicha *acción constitucional* determina que para que opere la inconstitucionalidad por preterición, *los órganos competentes deben omitir un deber claro y concreto, siendo este deber, en el caso de omisión legislativa, el de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales.*
- En el propio texto constitucional la *“obligación de hacer normativa” debe estar señalada expresamente, así como las instituciones del Estado o autoridades públicas que deben dar cumplimiento a ese mandato constitucional, dentro de los plazos determinados en la Constitución o, de no existir estos, dentro del plazo considerado razonable por la C.C.*

De todas maneras, el fallo puntualmente examinado fue blanco de varios cuestionamientos. Así, por ejemplo, VALLE FRANCO planteó los siguientes interrogantes: “si no existe inconstitucionalidad por omisión, ¿Por qué se ordena a la Asamblea Nacional la armonización normativa?; si se declara inconstitucional un plazo y se determina la vigencia de otro establecido en la misma Constitución, ¿Significa que la revocatoria del mandato tiene plazos claramente establecidos y que no cabe ninguna regulación sobre este aspecto? ¿Cuáles son los contenidos de la revocatoria de mandato a regular por parte de la Asamblea Nacional?, si se ha dicho que los requisitos de la mencionada institución democrática están plenamente reglados en la misma Constitución y normativa legal en materia de participación ciudadana”⁹⁸⁸.

De hecho, el presidente del Consejo Nacional Electoral —para quien la sentencia era “contradictoria”— dedujo solicitud de aclaración y de ampliación del pronunciamiento (art. 94 de la LOGJCC⁹⁸⁹), cuestionando la circunstancia de que si en la primera parte de éste se negaba la acción de inconstitucionalidad, por qué en su segunda parte se dictaban medidas cautelares hasta que se regulara el proceso de revocatoria, cuando según la propia C.C. éste ya había sido regulado. Por lo demás,

988 VALLE FRANCO, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia N° 001-1L-SIO-CC (Caso N° 0005-10-IO)”, *Foro. Revista de Derecho*, N° 13, primer semestre de 2010, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, p. 158.

989 Precisamente bajo el título de “Aclaración y ampliación”, esta norma dispone: “La persona demandante, el órgano emisor de la disposición demandada y aquellos quienes intervinieron en el proceso de su elaboración y expedición, podrán solicitar la aclaración o ampliación de la sentencia en el término de tres días a partir de su notificación y será resuelta dentro del término de ocho días a partir de su presentación”.

consideró que el decisorio implicaba una intromisión de la Corte en temas de exclusiva competencia del organismo electoral.

Como resultado de tal planteo, la C.C. que había suspendido todos los procesos y las acciones de revocatoria del mandato planteados ante el Consejo Nacional Electoral, modificó su decisión permitiendo realizar los pedidos de revocatoria que ya estaban en marcha.

Semejante conducta jurisdiccional llevó al autor citado en último término a puntualizar con innegable tono crítico: “Este tipo de decisiones nos lleva a interpellarnos respecto de la existencia de seguridad jurídica en el país, pues *el máximo órgano de control de constitucionalidad expresa en la sentencia una serie de contradicciones* que nos genera más de una confusión al momento de interpretarla, y, de otra parte, tenemos *una aclaratoria que reforma una parte de la decisión originaria* y que responde a un fuerte cuestionamiento del Consejo Nacional Electoral. Con este tipo de decisiones debemos reflexionar sobre *cuál va a ser la vigencia, el alcance y la observancia de las sentencias o de los precedentes constitucionales con carácter obligatorio generados por la Corte Constitucional*”⁹⁹⁰.

V. Mensaje final

1. Más allá de las críticas que la redacción de la previsión constitucional sobre la inconstitucionalidad por omisión pudiera despertar, en un balance global de la cuestión consideramos que —al menos desde el plano normativo— se ha dado un paso adelante al instrumentar expresamente tal vía de control constitucional.

2. Como puede suponerse, la tarea que lleve adelante la C.C. será crucial para hacer que el ambicioso mecanismo estatuido en la Constitución (*que permite la corrección tanto de las omisiones normativas absolutas como de las relativas*) y reglamentado por la LOGJCC, funcione adecuada y equilibradamente, sin excesos que pudieran llevar a un desequilibrio institucional ni a un empleo disfuncional de la figura erigiendo a aquel Tribunal en un sucedáneo del órgano legislativo.

3. Razonabilidad y prudencia serán dos buenas aliadas de la C.C. en orden a un adecuado desenvolvimiento de las acciones de inconstitucionalidad por omisión, que coadyuven a la fluidez del tránsito de los derechos fundamentales y de la

990 VALLE FRANCO, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia N° 001-1L-SIO-CC (Caso N° 0005-10-IO)”, op. cit., pp. 159-160.

supremacía constitucional, si aquel resultara bloqueado por inercias o inoperancias de parte de las autoridades públicas destinatarias de los mandatos contenidos en la Ley básica.

Deberá asimismo conducirse reflexivamente para evitar contradicciones en sus pronunciamientos en la materia, tanto por razones de seguridad jurídica como para procurar diseñar ejes coherentes de sistematización del instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el escenario ecuatoriano.

4. No puede dejar de preconizarse en este acercamiento la importancia de internalizar que el escenario constitucional ecuatoriano está recorrido jurídica y axiológicamente por frondosos y demandantes principios y normas en materia de derechos fundamentales, con el art. 11 de la Constitución en la línea de avanzada.

Tal disposición se posiciona como la nueva clave de bóveda para una interpretación actualizada del texto constitucional en realimentación con el derecho internacional de los derechos humanos.

5. Adviértase en el sentido apuntado que una constelación de valores y postulados sustanciales tuitivos de la persona humana ha recibido alojamiento en el texto y el espíritu constitucionales.

Es que no son palabras vacías las exigencias desplegadas explícitamente en el citado artículo 11 constitucional, tales como⁹⁹¹:

- La prohibición de discriminación por cualquier motivo y la obligación estatal de *adoptar medidas de acción afirmativa* que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
- La *directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías* establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- La *plena justiciabilidad de los derechos, no pudiendo alegarse falta de norma jurídica* para justificar su violación o desconocimiento, o para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
- La *proscripción de restringir el contenido de los derechos y de las garantías constitucionales*.
- La *aplicación de la norma y la interpretación más favorables a la efectiva vigencia de los derechos*.

991 Sobre éste y otros puntos puede ampliarse en BAZÁN, Víctor, “Prólogo” al libro de VELÁZQUEZ, Santiago, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, op. cit., pp. 7/24.

- Y, entre otros, la *exigencia de progresividad y la interdicción de regresividad* en materia de derechos humanos.

6. En suma, no son pocos, tampoco insignificantes, los desafíos que se posan sobre el horizonte funcional de la C.C. si pretende estar a la altura de los requerimientos del “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, como de modo prometedora determina el artículo inicial de la Constitución.

TÍTULO DECIMOTERCERO

**ANÁLISIS DE LAS
EXPERIENCIAS EN EL
DERECHO COMPARADO (II).
PRESCRIPCIONES
CONSTITUCIONALES
ESTADUALES O PROVINCIALES
EN LA MATERIA**

I. Mensaje de contextualización

1. En este tramo de la indagación relativa a países latinoamericanos con estructura estadual compleja (organizados, con matices diferenciales, bajo el sistema federal), corresponde abordar las previsiones constitucionales que en materia de inconstitucionalidad por omisión contienen algunas provincias o Estados locales, según la terminología que se adopte.

Ello, tanto en casos en que la Constitución federal respectiva no contenga prescripciones al respecto (como en *México* o *Argentina*), como cuanto en el supuesto de *Brasil*, cuya Carta fundamental de 1988 ha concebido institucionalmente la figura.

Comenzaremos precisamente con el contexto brasileño, realizando un examen meramente ilustrativo de algunas cuestiones vinculadas al constitucionalismo y a la jurisdicción constitucional de los Estados de ese país; pasaremos luego al marco jurídico mexicano y sus entidades federativas o Estados; y finalmente nos moveremos al escenario argentino, deteniéndonos específicamente en el ámbito jurídico de la Provincia de Río Negro.

2. Tangencialmente diremos que el enfoque de los mecanismos de justicia constitucional en los planos subnacionales ofrece una importancia que excede la propia dimensión del control sobre la inconstitucionalidad omisiva.

En relación con la incumbencia temática de cobertura del *derecho procesal constitucional* (que a nuestro juicio, sin desconectarse del derecho procesal y del derecho constitucional, tiene autonomía científica⁹⁹²), y a partir de la sistematización de CAPPELLETTI con el complemento enriquecedor de FIX-ZAMUDIO, se han señalado como contenido de aquel *tres aspectos estrechamente relacionados*⁹⁹³:

992 Ver BAZÁN, Víctor, "Derecho Procesal Constitucional: autonomía científica, codificación y otras cuestiones disputadas", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30 de noviembre de 2011, pp. 3-25.

993 El desarrollo del tema, del que en nuestro texto sólo formulamos una somera condensación, puede compulsarse en FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional", op. cit., *Derecho Procesal Constitucional*, Tº I, pp. 269/301, en esp. pp. 285 y ss.

En ese ensayo, aquel distinguido tratadista mexicano remite a CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado (1940-1965)*, Facultad de Derecho, UNAM, México, D.F., 1987.

- A) La *jurisdicción constitucional de la libertad*, que se refiere a los instrumentos especificados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales para tutelar jurídicamente los derechos humanos establecidos en tales ordenamientos, y en los últimos años, también los consagrados en los instrumentos internacionales: v. gr., hábeas corpus; derecho de amparo; recurso constitucional —éste en los ordenamientos de la Europa continental, específicamente los de lengua alemana—, el que por su proximidad con el recurso de amparo, especialmente el español pero también el latinoamericano, algunos autores (como HÄBERLE y el propio tratadista a quien seguimos en esta referencia: FIX-ZAMUDIO) han traducido el nombre del instrumento alemán al castellano como “recurso de amparo”; y organismos no jurisdiccionales que se inspiran en el *Ombudsman* de origen escandinavo, los que si bien no tienen un carácter estrictamente procesal, sus funciones pueden situarse dentro de la jurisdicción constitucional de la libertad.
- B) La *jurisdicción constitucional orgánica*, encaminada a la protección directa de las disposiciones y los principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, cuadrante en el que se ubica el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial *el control abstracto* de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diferentes órganos del poder respecto del alcance de sus facultades y competencias.
- C) La *jurisdicción constitucional transnacional*, que enfoca las relaciones y los conflictos entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte del orden jurídico interno en forma directa o por medio de mecanismos de incorporación, desenvolviéndose fundamentalmente los problemas en dos contextos principales: las normas o los principios generalmente reconocidos y los tratados o convenciones propiamente dichos.

Basándonos en esa categorización, pero dándole un matiz terminológico (también de contenido) más actualizado a esos ámbitos de cobertura, podría hablarse respectivamente de *derecho procesal constitucional de las libertades*, *orgánico* y *transnacional*.

Para cerrar el espacio introductorio del presente capítulo, de nuestra parte no podemos dejar de mencionar que acordamos con quienes entienden que, más allá de la trilogía de aspectos que en la visión clásica dan contenido al *derecho procesal constitucional*, se suma un nuevo e importante sector: el *derecho procesal constitucional*

*local*⁹⁹⁴, enraizado en el despliegue de las jurisdicciones constitucionales en los ámbitos provinciales o estatales⁹⁹⁵ de los países con estructura constitutiva compleja (federal, regional, etcétera), y la correlativa articulación de aquellas con la jurisdicción constitucional federal.

En este punto se ubica precisamente el recorrido que comenzaremos a desandar aquí.

994 BAZÁN, Víctor, “El Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos”, T° I, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, pp. 59-86.

995 Sobre este ítem, con particular referencia a México, puede verse el trabajo de FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El Derecho Procesal Constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, CEPC, Madrid, 2006, pp. 131-192.

CAPÍTULO

I

**ESTADOS DE LA REPÚBLICA
FEDERATIVA DEL BRASIL**

I. Consideraciones previas

Como reflejo de la previsión contenida en el art. 103, § 2º, de la Constitución federal, diversas constituciones estatales buscaron luego de 1988 ponerse institucionalmente a tono con ella.

De tal proceso de compatibilización normativa no quedó fuera el instituto de la inconstitucionalidad por omisión, el cual fue incorporado a distintos dispositivos constitucionales.

A continuación y sin intención alguna de taxatividad, recorreremos las diversas preceptivas que sobre el particular diseñaron algunas de las leyes fundamentales locales. En concreto, nos referiremos a las de los Estados de Minas Gerais, Acre, Rio Grande do Sul, Alagoas, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo y Santa Catarina, cuerpos normativos que serán abordados sucesivamente.

A modo de muestreo de casos testigo, exploraremos las mencionadas cartas constitucionales para identificar convergencias y divergencias en las respectivas metodologías de institucionalización de la inconstitucionalidad por omisión, las que resultarán de utilidad —incluso con relación a las no incluidas en el experimento comparativo— para perfilar inductivamente los modelos posibles de normatización de esta figura en el ámbito constitucional local de Brasil.

II. Recorrido referencial

1. Constitución del Estado de Minas Gerais

La Carta magna data de 21 de septiembre de 1989⁹⁶. El tramo que interesa a los fines del presente trabajo se ubica en el título III: “Del Estado”, capítulo II: “De la organización de los Poderes”, sección III: “Del Poder Judicial”, subsección II: “Del Tribunal de Justicia”.

El art. 106 estableció la competencia de dicho Tribunal para procesar y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo estatales contrarios a la Constitución local; o municipales, opuestos a ésta y a *la Constitución de la República*.

996 Los textos constitucionales aquí mencionados pueden ubicarse en: www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais#content. Sin perjuicio de dicha referencia genérica, en notas subsiguientes daremos otras alternativas para ubicar aquellos textos en Internet.

Cabe aclarar que la expresión indicada en cursiva y que cierra el párrafo anterior (en portugués: “*e da Constituição da República*”) fue declarada inconstitucional en fecha 12 de febrero de 2003 en el marco de la ADIn N° 508, sentencia publicada en *Diário da Justiça*, de 23 de mayo de 2003, decisorio en virtud del cual se hizo lo propio con lo establecido primigeniamente en el art. 118, § 1º, en cuanto a que lo dispuesto en dicho artículo —que a continuación analizaremos— resultaba de aplicación a la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo municipal *contrarios a la Constitución de la República*, siendo la última frase nombrada “*em face da Constituição da República*” declarada inconstitucional en la fecha indicada.

Por su parte, en función de lo estipulado en el citado art. 118, están legitimados para proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declarativa de constitucionalidad (parte inicial de la norma conforme la redacción proporcionada por el art. 2 de la Enmienda N° 88 de la Constitución, de 2 de diciembre de 2011), los siguientes órganos y personas: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea, III) el Procurador General de Justicia, IV) el Prefecto o la Mesa de la Cámara Municipal, V) el Consejo de la Orden de los Abogados del Brasil (OAB) Sección del Estado de Minas Gerais, VI) un partido político con representación en la Asamblea Legislativa del Estado (según la redacción dada por el art. 33 de la Enmienda N° 84 de la Constitución, de 22 de diciembre de 2010), VII) una entidad sindical o de clase que tenga base territorial en el Estado, y VIII) la Defensoría Pública (este último inciso fue incorporado por la citada Enmienda N° 88 de la Constitución, de 2 de diciembre de 2011).

Por último y en referencia al control respecto de la inconstitucionalidad omisiva, de conformidad con lo fijado por el § 4º del art. 118, declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva alguna norma de la Constitución local, la decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias para llevar a cabo el acto o iniciar el proceso legislativo y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo plasme en treinta (30) días bajo pena de responsabilidad.

2. Constitución del Estado de Acre

Data de 3 de octubre de 1989⁹⁹⁷. En el título III: “De la organización de los Poderes”, capítulo III: “Del Poder Judicial”, sección I: “De las disposiciones generales”,

997 El contenido de dicha constitución puede compulsarse en: www.ac.gov.br/legislacao/constituicao/index.html.

se encuadra el foco de nuestro interés para individualizar la competencia del Tribunal de Justicia en el campo del control sobre las omisiones inconstitucionales.

Así, el art. 95 señala que, en materia judicial, compete al Tribunal de Justicia —actuando en plenario— procesar y juzgar originariamente (ap. I), las acciones de inconstitucionalidad contra acto u *omisión* opuestos a algún precepto de la Constitución estadual (parágr. ‘f’).

De su lado, el art. 104 enumera las partes legitimadas para proponer la acción directa de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo estadual o municipal, contrarios a la Ley fundamental local. En tal previsión incluye a: I) el Gobernador del Estado y la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa, II) el Procurador General de Justicia del Estado, III) el Prefecto y la Mesa Directiva de la Cámara de los respectivos Municipios si se tratara de ley o de acto normativo local, IV) la Sección estadual de la OAB, V) los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, VI) las federaciones sindicales y entidades de clases estaduais que demuestren su interés jurídico en el caso, y VII) el Procurador General del Estado.

A su tiempo, el aludido art. 104, en su § 3º, señala que declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para tornar efectiva la norma constitucional, se comunicará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose del orden administrativo, para que lo haga en treinta (30) días.

3. Constitución del Estado de Rio Grande do Sul

La Constitución estadual fue sancionada el 3 de octubre de 1989⁹⁹⁸. 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 acto normativo estadual o bien de una ley o acto normativo municipal frente a la Constitución local⁹⁹⁹, *incluso por omisión* (específicamente, en el art. 95, XII, ‘d’).

En cuanto a la legitimación activa para articular la acción de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo *estadual, o por omisión*, viene concedida, de acuerdo con el art. 95, § 1º, a: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea

998 Es posible consultar el texto de tal Constitución en: www.al.rs.gov.br/legis/constituicao.htm.

999 Cabe aclarar que por medio de la ADIn N° 409/STF, DJ de 26 de abril de 2002, se declaró la inconstitucionalidad de la parte del art. 95, XII, ‘d’, de la Constitución estadual que contenía la expresión “y la Constitución Federal” (“e a Constituição Federal”), o sea, que incluía a ésta como instrumento susceptible de control de constitucionalidad por acción u omisión a través de la acción de inconstitucionalidad.

Legislativa, III) el Procurador General de Justicia, IV) el Defensor Público General del Estado (según la Enmienda Constitucional N° 50, de 24 de agosto de 2005), V) el Consejo seccional de la OAB, VI) un partido político con representación en la Asamblea Legislativa, VII) una entidad sindical o de clase de alcance nacional o estadual, VIII) las entidades de defensa del medio ambiente, de los derechos humanos y de los consumidores, de alcance nacional o estadual, legalmente constituidas; IX) el Prefecto Municipal, y X) la Mesa de la Cámara Municipal.

Por su parte, en función del art. 95, § 2°, 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) el Procurador General de Justicia, III) el Prefecto Municipal, IV) la Mesa de la Cámara Municipal, V) un partido político con representación en el Concejo Deliberante, VI) una entidad sindical, VII) el Consejo seccional de la OAB, VIII) el Defensor Público General del Estado (según la citada Enmienda Constitucional N° 50, de 24 de agosto de 2005), IX) las entidades de defensa del medio ambiente, de los derechos humanos y de los consumidores legalmente constituidas; y X) las asociaciones barriales y entidades de defensa de los intereses comunitarios que estén legalmente constituidas desde más de un (1) año antes de la fecha de la promoción de la demanda.

Colateralmente y para concluir, recordamos que el mencionado Tribunal también recepta competencia para conocer de los amparos, hábeas data y *mandados de injunção* contra actos u *omisiones* del Gobernador del Estado, la Asamblea Legislativa y sus órganos, los secretarios de Estado, del Tribunal de Cuentas del Estado y sus órganos, los jueces de primera instancia, los miembros del Ministerio Público y el Procurador General del Estado (art. 95, XII, ‘b’, *Ibid.*). Asimismo, está facultado para resolver los amparos contra actos u *omisiones* de los prefectos municipales y los concejos deliberantes (art. 95, XII, ‘e’, *Ibid.*).

4. Constitución del Estado de Alagoas

Se sancionó el 5 de octubre de 1989¹⁰⁰⁰. El sector que presenta importancia a los efectos de esta reseña se emplaza en el título III: “De la organización de los Poderes”, capítulo III: “Del Poder Judicial”, sección II: “Del Tribunal de Justicia”.

En tal localización se aprecia el art. 133, que diseña el cuadro de atribuciones privativas del Tribunal de Justicia que precipuamente le corresponden para la defensa de la Constitución estadual. Específicamente en el ap. IX, ‘o’, de dicha norma se determina

1000 Puede leerse el texto de tal Constitución en: www.ampal.com.br/ceal.doc.

la competencia del Tribunal para procesar y juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo estadual o municipal, lesivos de la Constitución local.

En la parte inicial del art. 134, se enumeran los legitimados para proponer la acción de inconstitucionalidad de ley o acto normativo estaduais o municipales contrarios a la Constitución local, a saber: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea Legislativa, III) el Prefecto Municipal, IV) la Mesa de la Cámara Municipal, V) el Procurador General de Justicia, VI) el Consejo seccional de la OAB en Alagoas, VII) un partido político con representación en la Asamblea Legislativa, VIII) un sindicato o una entidad de clase de alcance estadual, y IX) el Defensor Público General del Estado (este último inciso fue incorporado por la Enmienda Constitucional N° 32/2007).

Ya en el §2º de su art. 134, la Constitución prevé que declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva alguna norma constitucional, se comunicará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta (30) días.

5. Constitución del Estado de Ceará

Su aprobación se produjo el 5 de octubre de 1989¹⁰⁰¹. La preceptiva de interés para este estudio queda radicada en el título V: “De los Poderes Estaduales”, capítulo III: “Poder Judicial”, secciones II: “Del Tribunal de Justicia”, y XI: “Del control directo de inconstitucionalidad (sic)”.

Por medio del art. 108, VII, ‘f’, dicha Constitución prevé la competencia del Tribunal de Justicia para procesar y juzgar originariamente las acciones directas de inconstitucionalidad en los términos del art. 128, *Ibid.* (conforme la redacción proporcionada por la Enmienda Constitucional N° 63, de 2 de julio de 2009). La parte inicial del artículo citado en último término establece que sólo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros el Tribunal de Justicia podrá declarar la inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo estadual o municipal. Además, en el párrafo único de dicha norma (art. 128) se estipula que las decisiones definitivas de fondo emitidas por el Tribunal de Justicia en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de constitucionalidad de la Ley Fundamental local, tendrán eficacia contra todos y efecto vinculante para los demás órganos del Poder Judicial estadual y los órganos y entidades de la administración pública directa e indirecta en las esferas

1001 Ver su contenido en: www.al.ce.gov.br/publicacoes/constestatual/sumario.htm.

estadual y municipal (el mencionado párrafo único también fue incorporado por la nombrada Enmienda Constitucional N° 63, de 2 de julio de 2009).

En una previsión más completa y específica que las reseñadas hasta aquí, el art. 127, *caput*, determina que son partes legítimas para proponer la acción directa de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo estadual que contradigan a la Constitución local, “o por omisión de medida necesaria para hacer efectiva norma o principio de esta Constitución”, las siguientes: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea Legislativa, III) el Procurador General de Justicia, IV) el Defensor General de la Defensoría Pública, V) el Prefecto, la Mesa de la Cámara o entidad de clase y organización sindical, si se tratara de ley o de acto normativo del respectivo Municipio; VI) los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, o, tratándose de norma municipal, en la respectiva Cámara; VII) el Consejo estadual de la OAB, y VIII) una organización sindical o entidad de clase de alcance estadual o intermunicipal.

El señalado art. 127, ya en su § 2º, establece que declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida necesaria para hacer efectiva una norma o un principio constitucionales, tal decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo efectúe en el plazo de treinta (30) días.

6. Constitución del Estado de Pernambuco

Fue aprobada en fecha 5 de octubre de 1989¹⁰⁰². El segmento del texto constitucional de utilidad para la referencia que se efectuará al ordenamiento pernambucano, se localiza en el título II: “De la organización del Estado y sus Poderes”, capítulo IV: “Del Poder Judicial”, sección II: “Del Tribunal de Justicia”.

El art. 61, I, ‘I’, establece la competencia originaria del Tribunal de Justicia para conocer de la acción directa de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo, estaduais o municipales, contrarios a la Constitución; o de ley o de acto normativo municipales contrarios a la ley orgánica respectiva.

Por su parte, el art. 63, primera parte, ofrece algunas particularidades (en comparación con los otros textos constitucionales locales reseñados) a la hora de determinar quiénes pueden interponer la acción de inconstitucionalidad. En efecto, entre ellos incluye a los siguientes: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea Legislativa, III) el Procurador General de Justicia, IV) los prefectos y las

1002 Dicho instrumento puede compulsarse en: www.alepe.pe.gov.br.

mesas de las cámaras de concejales, o entidad de clase de alcance municipal, cuando se trate de ley o de acto normativo del municipio respectivo; V) los consejos regionales de las profesiones reconocidas con sede en Pernambuco, VI) un partido político con representación en las cámaras municipales, en la Asamblea Legislativa o en el Congreso nacional, y VII) una federación sindical, sindicato o entidad de clase de alcance estadual.

Por lo que respecta a la cuestión de la *inconstitucionalidad por omisión*, la previsión es similar a las restantes examinadas, estableciendo en el art. 63, § 2º, que declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer efectiva una norma de la Constitución estadual o de ley orgánica, ella será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo realice en treinta (30) días.

7. Constitución del Estado de Rio de Janeiro

Fue sancionada el 5 de octubre de 1989¹⁰⁰³. Dentro del título IV (“De los Poderes del Estado”), capítulo III (“Del Poder Judicial”), sección III (“Del Tribunal de Justicia”), específicamente en el art. 161, IV, ‘a’, queda consagrada la competencia del Tribunal de Justicia para procesar y juzgar originariamente la petición de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo estaduais o municipales contrarios a la Constitución local.

Por su parte y según la parte inicial del art. 162 de la Constitución, la legitimación para articular la petición mencionada en el párrafo anterior se concede a: el Gobernador del Estado; la Mesa, la Comisión Permanente o los miembros de la Asamblea Legislativa; el Procurador General de Justicia, el Procurador General del Estado, el Defensor Público General del Estado¹⁰⁰⁴; el Prefecto Municipal, la Mesa de la Cámara de Concejales, el Consejo seccional de la OAB, un partido político con representación en la Asamblea Legislativa o en la Cámara de Concejales y una federación sindical o entidad de clase de alcance estadual.

Por lo demás, el art. 162, § 2º, estipula la competencia del Tribunal para declarar la *inconstitucionalidad por omisión* de una medida para hacer 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 cumpla en treinta (30) días.

1003 Es posible ver su texto en: www.alerj.rj.gov.br/top_const_estadual.htm.

1004 De acuerdo con la redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 16, de 14 de diciembre de 2000.

8. Constitución del Estado de São Paulo

Fue sancionada el 5 de octubre de 1989¹⁰⁰⁵. 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, inc. VI, se adjudica al Tribunal de Justicia (órgano superior del Poder Judicial del Estado, con jurisdicción en todo su territorio y con sede en la Capital —cfr. art. 73, *Ibid.*—) la atribución de procesar y juzgar originariamente la acción de inconstitucionalidad de una ley o acto normativos estaduais 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 Constitución estadual.

Ya en la sección XI (“De la Declaración de Inconstitucionalidad y de la Acción Directa de Inconstitucionalidad”), correspondiente a idénticos título y capítulo constitucionales nombrados en el párrafo anterior, concretamente en el art. 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 estaduais o municipales contrarios a la Constitución local, *o por omisión de una medida necesaria para hacer efectivos una norma o un principio de aquella*.

Tales legitimados 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 OAB, V) las entidades sindicales o de clase, de alcance estadual o municipal, que demuestren 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 último, en el § 4º del mencionado art. 90 se dispone que, declarada por el Tribunal de Justicia la *inconstitucionalidad por omisión* de una medida para hacer 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 (30) días, bajo pena de incurrir en responsabilidad.

9. Constitución del Estado de Santa Catarina

La Constitución estadual fue sancionada en fecha 5 de octubre de 1989¹⁰⁰⁶.

1005 Consta en: www.adusp.org.br/arquivo/ConsEst/ConstEstad.htm.

1006 Ver www.sc.gov.br/constituicao.htm.

En el título IV: “De la Organización de los Poderes”, capítulo IV: “Del Poder Judicial”, sección II: “Del Tribunal de Justicia”, específicamente en el art. 83, XI, f, se establece la competencia del Tribunal de Justicia (órgano del Poder Judicial del Estado, en función de lo dispuesto por el art. 77, inc. I, *Ibid.*) para conocer y juzgar originariamente las acciones directas de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estatales y municipales contrarios a la Constitución local.

Asimismo, y en función de lo previsto en el art. 85, parte inicial (correspondiente a la sección III: “De la Declaración de Inconstitucionalidad y de la Acción Directa de Inconstitucionalidad”), se hallan legitimados para proponer la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo estatales o municipales contrarios a la Constitución estatal, los siguientes órganos y personas: I) el Gobernador del Estado, II) la Mesa de la Asamblea Legislativa o un cuarto de los diputados estatales, III) el Procurador General de Justicia, IV) el Consejo seccional de la OAB, V) los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa, VI) las federaciones sindicales y las entidades de clase de alcance estatal, y VII) el Prefecto, la Mesa de la Cámara o un cuarto de los concejales, el representante del Ministerio Público, la Subsección de la OAB, los sindicatos y las asociaciones representativas de clase o de la comunidad, cuando se trate de ley o acto normativo municipales (este último inciso, según la redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 45, de 10 de agosto de 2006).

A su turno, el art. 85, § 3°, preceptúa que reconocida la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para hacer 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 (30) días.

III. Apreciaciones finales

Para cumplir el objetivo que nos prefijáramos al recurrir a un análisis en perspectiva comparada de los distintos dispositivos constitucionales abordados, pondremos de manifiesto a continuación algunas coincidencias y divergencias perceptibles entre ellos.

Efectuaremos, además, ciertas anotaciones adicionales que juzgamos de relevancia para bosquejar las líneas salientes de los modelos normativos empleados en la órbita del derecho estatal brasileño en orden a institucionalizar el sistema de control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales.

1. Se verifica un criterio coincidente acerca de la atribución de competencia para analizar las acciones de inconstitucionalidad por omisión, la cual viene deferida al

Tribunal de Justicia respectivo, órgano máximo de la correspondiente administración jurisdiccional estadual.

En ese sentido, se adjudica a aquel Tribunal la posibilidad de ejercer control sobre las *preterisiones inconstitucionales* en jurisdicción *originaria y exclusiva*. Además, se trata de un control de constitucionalidad *en abstracto* (“*em tese*”) y, aunque redundante, debe quedar claro que dicha potestad es puesta en funcionamiento de modo *concentrado* por el anunciado órgano judicial.

2. Se observa, en líneas generales, un marco de convergencia en cuanto a la enumeración de los *legitimados activos* para articular la acción, salvo algún vestigio de mayor generosidad en punto a la apertura de habilitación fundamentalmente en favor de las entidades gubernamentales en la órbita municipal (v. gr., los casos de Ceará o Rio Grande do Sul, este último cuando la acción se dirige a combatir una *omisión* en tal ámbito de gobierno municipal); o a determinadas entidades u organizaciones no gubernamentales para la defensa del medio ambiente, los derechos humanos y los consumidores (Rio Grande do Sul).

3. Es posible apreciar, asimismo, que la gran mayoría de los dispositivos constitucionales examinados hace recaer el control sobre la *preterición* de medidas incurridas por *entes estaduais* para hacer exequibles las normas constitucionales locales (con algunas variantes, como el supuesto de Pernambuco que incluye a *normas de la Ley Orgánica*, o los de Ceará y São Paulo que aluden a *norma y principio* constitucionales¹⁰⁰⁷). Se presenta un caso aislado en donde el control puede también ejercitarse ante la omisión de medidas por parte de las *autoridades municipales* (Rio Grande do Sul).

4. Siguiendo la impronta de la Constitución federal, una vez *constatada la omisión inconstitucional*, el paso siguiente es comunicar tal situación al ente inoperante, y sólo si éste fuera un órgano administrativo, se le fijará un plazo para que cumpla, el que en forma unívoca se ha pautado en treinta (30) días. En ello se evidencia una coincidencia absoluta, salvo el ordenamiento de Rio Grande do Sul que —hasta donde pudimos informarnos— guarda silencio y no fija un lapso temporal para que la entidad administrativa cumpla.

Donde comienzan a aparecer algunas desemejanzas es en punto a si se impone o no un apercibimiento para el supuesto de incumplimiento por el órgano omitente del plazo fijado para salvar la omisión. Al respecto, mayoritariamente las constituciones analizadas se limitan a establecer el plazo en cuestión sin complementarlo con advertencia alguna.

1007 Ello deja entrever que en la percepción de los respectivos constituyentes de estos dos Estados (Ceará y São Paulo) existía una mirada favorable a elevar cualitativamente a los principios, reivindicándolos axiológicamente y presentándolos como dotados de una perceptible vocación de operatividad *pari passu* al de las normas o reglas.

Sólo en dos supuestos de los relevados se prefigura un *apercebimiento* para la hipótesis de mantenimiento de la inacción y consecuente inobservancia de la pauta temporal infundida. Se trata de las previsiones de las constituciones mineira y paulista, que conciben una sanción que consiste en que quien incumple quedará incurso en *responsabilidad*, lo que por cierto es una admonición algo difusa y contingente.

5. En estrecha conexión con el punto anterior, vemos que en dos de los ordenamientos constitucionales estaduais explorados se ha innovado respecto de la Constitución federal, al prescribir un rol activo del órgano judicial luego de declarar o reconocer la inconstitucionalidad por omisión de medida para hacer efectiva la norma constitucional estadual.

Es así como, saliendo del molde compartido por el resto de las leyes fundamentales locales examinadas, las de São Paulo y Santa Catarina —que al respecto emplean una construcción léxica similar— puntualizan que tal *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*, lo que sin duda —y laudablemente a nuestro criterio—, inunda los efectos de la acción de un sesgo *preceptivo* que no se patentiza en la letra de la Norma federal.

6. En general, cuando se determina normativamente la competencia del Tribunal de Justicia, se define sólo su atribución para *procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo estaduais* (así, en Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco, Rio de Janeiro y Santa Catarina).

Es levemente inferior el número de casos en que, al diagramar genéricamente la competencia del Tribunal y junto al radio de cobertura de la acción directa de inconstitucionalidad (encaminada a operar sobre una ley o un acto normativo), aparece literalmente la tarea de controlar *omisiones inconstitucionales* (así, en Acre, Rio Grande do Sul, São Paulo y Ceará; caso este último en el que, si bien no se lo hace al pautar genéricamente el ámbito competencial de su respectivo Tribunal de Justicia, se lo efectúa al enumerar los legitimados activos para articular la acción directa de inconstitucionalidad de ley o de acto normativo estadual que contradigan a la Constitución local, “*o por omisión de medida necesaria para hacer efectiva norma o principio de esta Constitución*”).

El factor de distinción empleado para discriminar una u otra modalidad de prescripción constitucional no es precisamente un dato de importancia menor. Por el contrario, resulta trascendente que en el diseño competencial liminar de la jurisdicción originaria y exclusiva del respectivo Máximo Tribunal estadual se incluya también al *control sobre las omisiones inconstitucionales como categoría autónoma*,

pues ello habilita a suponer que el constituyente ha adjudicado al instituto de la inconstitucionalidad por omisión una magnitud *ontológica* propia, lo que —sumado al eslabón inmediatamente anterior de nuestra argumentación— permite despejar cualquier imputación acerca de que aquella sólo tendría una existencia subalterna de la acción directa de inconstitucionalidad contra normas positivas, quedando eclipsada (cuando no absorbida) por la envergadura de ésta.

Sobre el tema, cabe recordar *mutatis mutandis* y como lo dejáramos anticipado en el título duodécimo, capítulo IV, que no falta alguna posición autoral que afirma que en el orden federal y en el marco de la fiscalización abstracta, el constituyente brasileño de 1988 no pretendió instituir un tipo especial de acción distinto del de la acción directa para el control de la omisión inconstitucional¹⁰⁰⁸.

7. Como mensaje final y envolvente, y más allá de algunas observaciones críticas que pueden formularse en torno a la falta de preceptividad de las sentencias que declaran las omisiones inconstitucionales, lo que responde genéticamente a la tenue previsión que al respecto contiene la Norma federal (hoy matizada por algunas sentencias recientes del Supremo Tribunal Federal), creemos que resulta de singular importancia que —con mayor o menor dosis de autonomía en relación con la acción directa de inconstitucionalidad— finalmente la figura haya alcanzado institucionalización en el ámbito de la jurisdicción constitucional estadual brasileña.

Se intuye en ello una nueva muestra del proceso de paulatina consolidación de los mecanismos de garantía y defensa de la Constitución desde el plano local del país vecino, lo que le pone en línea con ejemplos análogos que desde otras latitudes se vienen patentizando en los sistemas estatales que también presentan una estructura compleja, como el caso del ordenamiento mexicano.

Como tendremos ocasión de apreciar en los dos siguientes capítulos, muchas de las entidades subnacionales cuyos ordenamientos repasaremos en lo pertinente, intentan vigorizar sus procesos y jurisdicciones constitucionales, produciendo interesantes remozamientos de los sistemas de control de constitucionalidad a través de algunas alternativas procesales constitucionales (que en ocasiones se atreven —válidamente— a ir más allá de los moldes de la Constitución federal) para perfeccionar los mecanismos de tutela de sus leyes fundamentales (por ejemplo, para dar cobertura a la inconstitucionalidad por omisión) y afianzar sus legítimas aspiraciones de afirmación autonómica jurisdiccional en el concierto federal.

1008 CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 229.

CAPÍTULO

II

**ENTIDADES FEDERATIVAS
DE MÉXICO**

I. Introducción

Como anticipáramos, México se estructura como un Estado federal de acuerdo con lo previsto por el artículo 40 constitucional, que establece que dicha República se constituye en representativa, democrática, laica, *federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior*¹⁰⁰⁹.

Dentro de ese esquema federal, y en cuanto a lo que interesa a los fines de abastecer el propósito del presente segmento de la investigación, repasaremos los ordenamientos implementados en las siguientes entidades federativas mexicanas: Veracruz, Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Quintana Roo, Yucatán, Nayarit y Durango.

Éstas, mediante sendas reformas constitucionales —encabezadas cronológicamente por la preceptiva veracruzana—, han positivado diversos mecanismos de control constitucional, entre los cuales figura la *acción por omisión legislativa (o normativa, según la adjetivación empleada en Yucatán o Durango) o acción de inconstitucionalidad por omisión* (terminología utilizada en Nayarit).

Se ha precisado que los sistemas de justicia constitucional surgidos en los ámbitos estatales convencionalmente pueden denominarse sistemas “periféricos”, en tanto pertenecen al tercer orden en que se estratifica el ejercicio del poder en ese país, después del orden constitucional y del orden federal¹⁰¹⁰.

Como adelantábamos, a partir de la precursora Constitución veracruzana (año 2000) varias entidades federativas implementaron sistemas locales de control constitucional con el objeto de salvaguardar y tutelar sus máximos ordenamientos jurídicos¹⁰¹¹.

Las modalidades de estructuración de la justicia constitucional consisten, por ejemplo, en el diseño de una Sala Constitucional adscrita al correspondiente Tribunal Superior de Justicia (Veracruz), hasta la creación de un Tribunal Constitucional (Chiapas).

Sin más preludios, a continuación enfocaremos panorámicamente cada uno de los sistemas de justicia constitucional citados, efectuando luego una suerte de

1009 El texto completo de la citada disposición constitucional establece: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, *federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación* establecida según los principios de esta ley fundamental” (artículo reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012).

1010 Cfr. ASTUDILLO REYES, César I., “La justicia constitucional local en México: Presupuestos, sistemas y problemas”, trabajo que el autor tuviera la gentileza de remitirnos en formato Word.

1011 Para ampliar sobre el tema en general, ver GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Porrúa, México, D.F., 2006.

recapitulación comparativa de diversos aspectos surgidos de ellos en torno al problema particular que nos convoca: la corrección de las pretermissiones inconstitucionales.

II. El trayecto propuesto por la normativa constitucional y procesal constitucional de las citadas entidades federativas mexicanas

1. Estado de Veracruz

A) Del control de constitucionalidad

En el ámbito de la Constitución veracruzana, en el título segundo, capítulo IV: “Del Poder Judicial”, sección primera: “Del Control constitucional”, específicamente en el art. 64, parte inicial, se establece que para el cumplimiento de las atribuciones contenidas en las fracciones I y II del art. 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 Justicia¹⁰¹² contará con una Sala Constitucional integrada por tres magistrados.

En el mismo artículo, aunque en la fracción III (con la que coincide en cuanto a su contenido el art. 45, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz¹⁰¹³ —LOPJEV—), se acuerda a la Sala Constitucional competencia para sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y *acciones por omisión legislativa* y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia.

B) Acerca de la positividad de la acción por omisión legislativa

Concatenado con tal preceptiva, el artículo 65 constitucional (con el que prácticamente concuerda de modo total el art. 38 de la LOPJEV), 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

1012 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).

1013 Publicada en la *Gaceta Oficial del Gobierno del Estado*, N° 148, de 26 de julio de 2000.

aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local¹⁰¹⁴ (fracción III), que interpongan el Gobernador del Estado y, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos.

Por lo demás, se especifica que la omisión legislativa surtirá efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*, determinándose en dicha resolución un plazo que comprenda dos (2) períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado para que expida la ley o el decreto de que se trate la omisión.

Finalmente, 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 emitan la ley o el decreto correspondientes.

Conviene recordar que, con arreglo al artículo transitorio cuarto, se estableció un período de *vacatio constitutionis* para las aludidas disposiciones contenidas en la fracción III del art. 65, las que en definitiva cobraron vigencia a partir de 1 de enero de 2001.

C) *Características salientes de la acción*

Luego de un acotado recorrido por los lineamientos característicos de la acción por omisión legislativa en el ordenamiento veracruzano, pueden resaltarse los siguientes aspectos:

- Tipificación de una acción *abstracta*, al estar desvinculada de un caso concreto sustanciado ante un tribunal; *directa*, en tanto la pretensión procesal consiste en la declaración de existencia de la omisión legislativa; y, a la vez, *objetiva y subjetiva*. El primer rasgo deriva de que, con ella, cuando es interpuesta por el Gobernador, se persigue defender el interés general; mientras que la dimensión subjetiva surge cuando es articulada por la tercera parte de los ayuntamientos, ya que pareciera que el interés por tutelar en este caso es uno particular de los legitimados activamente¹⁰¹⁵.

1014 Recuérdese que, por virtud del artículo 80 constitucional, “en el Estado de Veracruz, la Constitución y leyes federales, los tratados internacionales y esta Constitución será la ley suprema”.

1015 Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional*, T° IV, 4ª ed., 2003, p. 3767.

Este autor, a quien hemos seguido en la delimitación de las características de la acción como abstracta, directa y a la vez de carácter objetivo y subjetivo, argumenta que tal dimensión subjetiva que rezuma la previsión constitucional se explica porque se produce un cambio en la legitimación entre la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes o decretos y la acción por omisión legislativa, dado que la legitimación de la minoría parlamentaria de aquella es sustituida por la legitimación municipal en ésta; por lo que, si se hubiese querido mantener el estricto carácter objetivo de la acción, no tendría sentido haber procedido a dicho cambio en la legitimación, modificación que sólo queda justificada

- Ostensible amplitud en la catalogación normativa de la pretermisión que abre el camino a la acción pertinente. La omisión queda configurada cuando ante la falta de aprobación por el Congreso del Estado, de alguna ley o algún decreto, se afecta el debido cumplimiento de la Constitución local.
- Focalización exclusiva de la reprochabilidad en la preterición del Poder Legislativo.
- Adjudicación de un vasto radio de acción (con la correlativa y consecuente dosis de discrecionalidad) al Tribunal Superior de Justicia para la verificación de la omisión inconstitucional.
- Ramificación de etapas en la secuencia procedimental: la Sala Constitucional sustancia la acción y formula el proyecto de resolución definitiva, sometiéndolo al pleno del Tribunal Superior de Justicia, el que tiene a su cargo el dictado de la resolución final. Por ello —como observa FERRER MAC-GREGOR¹⁰¹⁶—, el control de constitucionalidad queda dividido entre el pleno del Tribunal y la Sala Constitucional, lo que marca una bifurcación de competencias que no resulta lógica si se ha creado una sala especializada para la interpretación y la aplicación de la Constitución estatal¹⁰¹⁷.
- Previsión consistente en que una vez detectada la omisión inconstitucional, en la resolución que la declare se determinará un plazo que comprenda dos (2) períodos de sesiones ordinarias del Congreso para que expida la ley o el decreto sobre los que verse la pretermisión. Consiguientemente, debe destacarse que el lapso temporal que se acuerda a aquel no es para que *trate* un eventual proyecto de ley o de decreto, sino directamente para que *apruebe* la ley o el decreto faltantes.
- Fijación de una audaz atribución al Tribunal Superior de Justicia en el supuesto de que el Congreso incumpla el plazo para la corrección de la omisión inconstitucional, en tanto se le acuerda la posibilidad de emitir una suerte de *legislación provisional* en la que consten las bases a que deberán sujetarse las autoridades hasta tanto se sancionen la ley o el decreto preteridos.

por la subjetividad añadida a las características técnicas de la acción.

1016 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Hacia un Derecho Procesal Constitucional local en México”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2003, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, p. 239.

1017 Se ha puntualizado que, al realizarse el control mediante los dos órganos mencionados, se produce una estratificación de atribuciones que hace que el pleno conozca y resuelva aquellos procesos de naturaleza abstracta, dejando a la Sala los de carácter concreto, aunque se ha advertido que ésta participa en la totalidad de ellos, ya que sustancia y formula los proyectos de resolución definitiva que se someten al pleno, conociendo y resolviendo en forma definitiva los demás (ASTUDILLO REYES, César I., op. cit., “La justicia constitucional local en México: Presupuestos, sistemas y problemas”, ídem).

2. Estado de Tlaxcala

A) Prescripciones normativas sobre la fiscalización constitucional en el ámbito local

La Constitución del Estado de Tlaxcala, reformada en 2001¹⁰¹⁸, dispone en su art. 79, párrafo 3°, que el Tribunal Superior de Justicia es el órgano supremo del Poder Judicial y podrá funcionar en pleno y en salas (cfr., también, art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala¹⁰¹⁹, en adelante, LOPJET).

Por su parte, con arreglo al artículo 81 constitucional, el pleno del Tribunal Superior de Justicia —actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado (parte introductoria de dicha norma)— conocerá y resolverá las *acciones contra las omisiones legislativas* imputables al Congreso, al Gobernador y a los ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que se encuentren obligados en los términos de las constituciones federal y local y de las leyes (fracción VI, párrafo 1°, de la citada disposición constitucional).

Para completar el esquema normativo vinculado con el tema en estudio, debe recordarse el dictado de la Ley N° 137 del Control Constitucional del Estado de Tlaxcala¹⁰²⁰ (en adelante, LCCET), reglamentaria del art. 81 de la Constitución y que tiene por objeto regular el proceso de los medios de control constitucional que allí enumera¹⁰²¹, entre los que se cuenta la “acción contra la omisión legislativa” (art. 1, fracción IV, de la LCCET).

B) Aspectos procedimentales y caracterización de la acción contra la omisión legislativa

a) La *legitimación activa* para promover la acción se confiere a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado (fracción VI, párrafo 2°, *Ibid.*).

De ello se desprende que la amplitud con que la norma constitucional diseña la habilitación para la articulación de la misma (refiriéndose genéricamente a “las

1018 El texto reformado fue publicado en el *Periódico Oficial*, Decreto N° 107, Número Extraordinario, T° LXXXI, 2ª Época, de 18 de mayo de 2001.

1019 Publicada en el *Periódico Oficial*, de 10 de enero de 2002.

1020 Publicada en el *Periódico Oficial*, de 30 de noviembre de 2001. Dicha preceptiva legal entró en vigor el 15 de enero de 2002 (cfr. artículo transitorio).

1021 Además de la *acción contra la omisión legislativa*, la normativa en cuestión se refiere a los siguientes medios de control constitucional: juicio de protección constitucional, juicio de competencia constitucional y acción de inconstitucionalidad.

autoridades estatales y municipales” y a “las personas residentes en el Estado”) permite intuir que, en cuanto a su *naturaleza jurídica*, se la ha concebido como una *acción popular de inconstitucionalidad*¹⁰²².

En el supuesto de personas residentes en el Estado, la laxitud de la prescripción constitucional lleva a consagrar que la demanda pueda ser promovida por persona física o moral (art. 84 de la LCCET). En el primer caso, deberá demostrar que tiene su residencia permanente en el territorio del Estado (art. 84, párrafo 1°); mientras que en la segunda hipótesis, deberá acreditar que su domicilio social o el de alguna de sus sucursales se encuentra establecido en el citado territorio estatal, cuando menos con antigüedad de un (1) año, desde la presentación de la demanda (*Ibid.*, párrafo 2°).

En caso de incumplimiento de tales pautas, se desechará la demanda y, si ello se constatare después de admitida la misma, se sobreseerá el proceso de control constitucional (*Ibid.*, párrafo 3°, y su reenvío al art. 79, párrafo 2°, del mismo cuerpo legal).

b) Al admitirse la demanda, se ordenará correr traslado por diez (10) días a la responsable de la omisión (cfr. art. 85 de la LCCET) y se pedirá al Director del *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* que remita, dentro de cinco (5) días, un informe en el que especifique si ha sido publicada la norma cuya omisión se plantea, debiendo anexar —en caso de que así haya sido— los ejemplares correspondientes en los que conste dicha norma y sus modificaciones (cfr. artículo 81 constitucional, fracción VI, párrafo 3°, y art. 86 de la LCCET).

En el supuesto de que la accionada manifieste que su pretermisión obedece, a su vez, a la omisión legislativa de otra autoridad, se llamará a ésta al proceso en calidad de demandada, resolviéndose sobre ambas omisiones en la sentencia definitiva que se dicte (cfr. art. 87 de la LCCET).

De cualquier manera, siempre previo al dictado de la resolución que dirima el planteo que acusa la preterición, se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos, debiendo dicha sentencia ser dictada *inmediatamente* después de tal audiencia (art. 81, fracción VI, párrafo 3°, de la Constitución).

c) La sentencia que expida el Tribunal será irrecurrible (art. 81, fracción V, ap. 1°, *in fine*, de la Constitución, al que remite el art. 81, fracción VI, párrafo 4°, *Ibid.*) y deberá publicarse en el *Boletín del Poder Judicial* y en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, además de que un extracto de la misma se editará en los periódicos de

1022 Cfr. en ese sentido, ASTUDILLO REYES, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila y Tlaxcala y Chiapas*, IIJ de la UNAM, México, D.F., 2004, p. 200.

mayor circulación en el Estado (cfr. artículo constitucional 81, fracción V, ap. 'g,' al que remite el art. 81, fracción VI, párrafo 4°).

Es importante remarcar que si el Tribunal verifica la omisión legislativa, concederá a la autoridad concernida un plazo no superior a tres (3) meses para emitir la norma jurídica solicitada, siendo motivo de responsabilidad el incumplimiento de la sentencia en cuestión (art. 81, fracción VI, párrafo 3°, de la Constitución).

Vale hacer notar en torno a la magnitud de la consecuencia ante el incumplimiento de la sentencia, que para la acción contra la omisión legislativa no rige la atribución dispensada al pleno del Tribunal en el caso de los juicios de competencia constitucional y de las acciones de inconstitucionalidad, respecto de las cuales la autoridad que no obedezca la resolución del pleno *podrá ser destituida* por éste (cfr. art. 81, fracción V, ap. 'h,' de la Constitución, que no queda incluido en la remisión que efectúa el art. 81, fracción VI, párrafo 4°, *Ibid.*).

3. Estado de Coahuila

A) En fecha 21 de junio de 2005 se reformó la Constitución de Coahuila¹⁰²³ (que ya había sido modificada en 2001¹⁰²⁴), incluyéndose la temática de la *omisión legislativa*, aunque no se diseñó un instrumento autónomo de tutela constitucional al respecto, sino que se la instrumentó por vía de la ampliación del radio de cobertura impugnativo de la acción de inconstitucionalidad.

B) De su lado, la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila (LJCC) fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado* el 12 de julio de 2005.

El art. 3 de la ley establece que los procedimientos constitucionales locales podrán promoverse mediante: I) el control difuso de la constitucionalidad local; II) las cuestiones de inconstitucionalidad local; III) *las acciones de inconstitucionalidad local*; y IV) las controversias constitucionales locales.

Por su parte, las acciones de inconstitucionalidad local “tienen por objeto plantear la *posible contradicción entre una norma o la falta de la misma y la Constitución del Estado* en base al principio de supremacía constitucional local y por vía de consecuencia, declarar su validez o invalidez, o en su caso, *declarar la inconstitucionalidad por omisión*” (art. 6, *Ibid.*).

1023 Publicada en el *Periódico Oficial*, Decreto N° 107, Número Extraordinario, T° LXXXI, Segunda Época, de 21 de junio de 2005.

1024 Publicada en el *Periódico Oficial*, Decreto N° 148, N° 23, de 20 de marzo de 2001.

La referencia a la corrección de la omisión legislativa está alojada —como vimos— dentro del espectro de la acción genérica de inconstitucionalidad, específicamente en el art. 71, fracción V, de la LJCC.

La parte introductoria de tal precepto (bajo el título de “Diversos tipos de acciones de inconstitucionalidad”), dice: “Por el ejercicio de la acción genérica de inconstitucionalidad, puede reclamarse: [...]”. La citada fracción V agrega particularmente: “*la inconstitucionalidad por omisión, cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos*”.

De acuerdo con el art. 73, *Ibid.*, la *legitimación para promover la acción* se dispensa a: I) el Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente; II) el equivalente al diez por ciento (10%) de los integrantes del Poder Legislativo; III) el equivalente al diez por ciento (10%) de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales; IV) el organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia; V) cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales; y VI) los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

Por su parte, no es sencillo descubrir el *legitimado pasivo* ante la situación *sui generis* que aquí ostenta la vía reprobatoria de la inconstitucionalidad por omisión. Como anticipábamos, ella no adquirió la calidad de una acción autónoma, sino que fue acogida en el marco más vasto de la acción genérica de inconstitucionalidad.

Como se ha señalado, lo relevante de la disposición contenida en el art. 71, fracción V, de la aludida ley, “es que amplía considerablemente el objeto de impugnación, ya que una lectura sistemática de la LJCC deja ver que *por disposiciones generales se van a entender, además de los productos legislativos, las disposiciones que emitan los órganos ejecutivos, judiciales, constitucionales autónomos, los ayuntamientos y los concejos municipales, que sean indispensables para la plena aplicación de las normas constitucionales*”¹⁰²⁵.

Finalmente, la sentencia será dictada por el pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado. Cuando éste verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, *lo comunicará al órgano competente para que en un plazo razonable, dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de*

1025 Cfr. FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., “La giustizia costituzionale locale in Messico. Analisi comparata e proposte di riforma”, en BAGNI, Silvia (coord.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, trad. de Silvia Bagni, Bologna, 2013, p. 238.

reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativos a regular conforme a su fallo (art. 88, párrafo 2°, de la ley).

C) Un rapidísimo balance del instituto arroja como aspecto *negativo* el hecho de no haber sido previsto como acción específica para controlar la omisión legislativa; y como faceta *positiva* (al menos en abstracto), la gran laxitud con que se ha concebido la previsión legal, que permite interpretar que dentro de su espacio de cobertura quedan comprendidas las pretericiones en el dictado de numerosas modalidades de *disposiciones de carácter general* necesarias para dar cumplimiento a la *Constitución estatal*.

4. Estado de Chiapas

A) Es importante destacar que en 2007 se reformó la Constitución chiapaneca¹⁰²⁶, que ya había sido modificada en 2002¹⁰²⁷ siguiendo los efluvios de la Carta básica veracruzana de 2000.

Entre otros cambios que la última innovación constitucional trajo consigo, sustituyó la Sala Superior implementada en 2002 por un Tribunal Constitucional (T.C.) que se localiza en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial del Estado¹⁰²⁸.

B) Es así como el art. 57, fracción I, de la Constitución determina que el citado T.C. integra el Tribunal Superior de Justicia local.

Según el mismo art. 57, el T.C. residirá en la capital del Estado, se compondrá de cinco (5) magistrados que durarán en su cargo nueve (9) años y podrán ser reelegidos para ejercer un siguiente período consecutivo; funcionará en pleno, en sesiones públicas y tomará resoluciones por mayoría de votos.

El T.C. cobra una fuerte relevancia institucional, ya que su Presidente lo será también del Tribunal Superior de Justicia del Estado, lo que implica que aquel será además el Titular del Poder Judicial chiapaneco (id. art.).

Dentro de este marco de presentación general, conviene tener presente que el párrafo inicial del artículo 64 constitucional puntualiza que la *justicia del control constitucional local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de*

1026 Publicada en el *Periódico Oficial*, N° 28, de 16 de mayo de 2007.

1027 Publicada en el *Periódico Oficial*, N° 137, de 6 de noviembre de 2002.

1028 Debe aclararse que los artículos 57, 63 y 64 constitucionales, algunos de cuyos tramos se mencionarán aquí, fueron objeto de la reforma constitucional publicada en el *Periódico Oficial*, N° 316, de 25 de julio de 2011.

control para mantener la eficacia y la actualización democrática de la Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional.

C) Por su parte, el art. 63, parte introductoria, de la Constitución estipula que el T.C. *será el órgano rector de los criterios jurídicos de interpretación conforme a la Constitución y las leyes que de ella emanen.*

Entre sus atribuciones, la fracción III de aquella disposición le acuerda la de conocer de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, *acciones por omisión legislativa* y de las cuestiones de inconstitucionalidad estatal.

En ese sentido y por virtud del citado art. 64, parte inicial, de la fracción III, *Ibid.*, el T.C. *conocerá y resolverá las acciones por omisión legislativa*, cuando se considere que *el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o algún decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local.*

A continuación, la disposición citada en último término, estipula que la *legitimación* para deducir las acciones por omisión legislativa corresponde a: I) el Gobernador del Estado; II) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado; III) cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; y IV) cuando menos el cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

D) La parte final del art. 64, fracción III, determina que la resolución que emita el T.C. que decrete la existencia de omisión legislativa *surtirá efectos a partir de su publicación en el Periódico Oficial.*

Añade que en dicha resolución:

- Se determinará como plazo *un (1) período ordinario de sesiones del Congreso del Estado*, para que resuelva la omisión correspondiente.
- Y tratándose de legislación que deba aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución local, *si el Congreso del Estado no lo hiciera en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.*

Esta audaz solución diseñada por la normativa chiapaneca la aproxima a lo dispuesto para la Corte Constitucional ecuatoriana en el art. 436, inc. 10, de su Constitución y, en menor medida, a lo fijado en el art. 336, numeral 7, de la Ley fundamental venezolana respecto de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

5. Estado de Quintana Roo

A) *Panorama del control de constitucionalidad en el marco estatal*

La Constitución de Quintana Roo, reformada en 2003¹⁰²⁹, contiene en su título V: “De la división de poderes”, capítulo IV: “del Poder Judicial”, la competencia del pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver las acciones por omisión legislativa¹⁰³⁰ (cfr. art. 103, fracción VIII), en los términos de los arts. 104 y 105, *Ibid.*, y de acuerdo con el procedimiento que establezca la ley respectiva.

El art. 104, *Ibid.*, se encarga de estipular liminarmente que el control constitucional se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio para mantener la eficacia y la vigencia de la Constitución estatal.

A su tiempo, el artículo 105 constitucional prevé que para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del art. 103, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un magistrado numerario¹⁰³¹, que tendrá competencia para sustanciar y formular, en los términos de la ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al pleno del Tribunal.

Por tanto y como se ha advertido, si bien la justicia constitucional en Quintana Roo es una función que compete al Tribunal Superior de Justicia del Estado (institución que —según el artículo 97 constitucional— aparece como depositaria del Poder Judicial local), se ha optado por confiar aquella importante función a dos (2) órganos de la misma institución: el pleno y la Sala Constitucional¹⁰³².

Es de destacar que la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰³³ reglamenta de manera muy acotada los mecanismos de control de constitucionalidad aludidos: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad local y *acciones por omisión legislativa*

1029 Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, de 24 de octubre de 2003.

1030 Ello, además de la atribución con que cuenta el pleno para resolver las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad local, salvo —en ambos casos— las cuestiones que se refieran a la materia electoral.

1031 Se ha señalado que el pleno del Tribunal se integra con un total de 9 (nueve) magistrados numerarios (cfr. artículo 98 constitucional); mientras que los tres (3) supernumerarios que integran el Tribunal, de acuerdo con el art. 10 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo (a la que nos referiremos *infra*), no participan de las atribuciones en materia de conflictos constitucionales (ASTUDILLO REYES, César I., op. cit., “La justicia constitucional local en México: Presupuestos, sistemas y problemas”, *ídem*).

1032 *Ídem*.

1033 Cuya reforma fuera publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, de 16 de diciembre de 2003.

y, en palabras de FERRER MAC-GREGOR, se aprecia cómo la Sala Constitucional y Administrativa es, en realidad, más administrativa que constitucional¹⁰³⁴.

Sea como fuera, ASTUDILLO REYES recuerda que el aludido artículo 105 constitucional atribuye a la Sala Constitucional y Administrativa un conjunto de competencias para que, aparte de sustanciar y formular los proyectos de resolución de los tres (3) instrumentos de control abstracto señalados —y de aquellos en donde se dirima una contradicción de tesis entre las Salas del Tribunal—, conozca y resuelva de manera definitiva las controversias que se susciten entre los particulares y la administración pública estatal¹⁰³⁵. Es decir que —siempre en la visión autoral citada en último término¹⁰³⁶— al lado de las atribuciones que se le otorgan en materia de contenciosos constitucionales, la Sala es un órgano de control de la legalidad en materia administrativa y fiscal, tal como lo reconoce el art. 3 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado¹⁰³⁷.

Acota el autor mencionado en el párrafo anterior que, sin embargo, la Sala tiene dos atribuciones que no son de mera legalidad y que la encaminan a la tutela de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello lo lleva a sostener que la Sala ejerce también un control de constitucionalidad directo, en tanto es competente para conocer los juicios en los que el derecho vulnerado es el de petición (art. 105, fracción IV, de la Constitución) y para sustanciar, en única instancia, las resoluciones del Ministerio Público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y el sobreseimiento que dicten los jueces en caso de petición de desistimiento formulado por el Ministerio Público (art. 107, *Ibid.*)¹⁰³⁸.

B) Aspectos relevantes del diseño normativo de las acciones por omisión legislativa

En lo específicamente referente a la *legitimación* para deducir las *acciones por omisión legislativa*, ella se otorga al Gobernador del Estado y a un ayuntamiento de éste (art. 105, fracción III, aps. 'A' y 'B', de la Constitución).

1034 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Derecho Procesal Constitucional local. La experiencia en cinco Estados 2000-2003", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 9 a 14 de febrero de 2004, IIJ de la UNAM, México, D.F., 2004, p. 480.

1035 ASTUDILLO REYES, César I., op. cit., "La justicia constitucional local en México: Presupuestos, sistemas y problemas", ídem.

1036 Ídem.

1037 Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, de 24 de agosto de 2004.

1038 ASTUDILLO REYES, César I., op. cit., "La justicia constitucional local en México: Presupuestos, sistemas y problemas", ídem.

La *hipótesis* que genera la posibilidad de articulación de la acción se configura cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o algún decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local (parte inicial del art. 105, fracción III, *Ibid.*).

A su tiempo, la *resolución* que emita el pleno del Tribunal decretando el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado* (art. 105, fracción III, penúltimo párrafo, *Ibid.*).

Finalmente, cabe resaltar que en tal sentencia se determinará un *plazo* para que se expida la ley o el decreto de que se trate la omisión declarada, a más tardar en el período ordinario legislativo que curse o en el inmediato siguiente, pudiendo el Tribunal disminuir dicho plazo cuando el interés público así lo amerite (art. 105, fracción III, *in fine, Ibid.*).

6. Estado de Yucatán

A) *Los instrumentos de control constitucional implementados*

Reforma constitucional mediante, en Yucatán se instauraron *cuatro (4) medios de control constitucional* ante el pleno del Tribunal Superior de Justicia, erigido como Tribunal Constitucional: *i)* controversias constitucionales; *ii)* acciones de inconstitucionalidad; *iii)* *acciones contra la omisión legislativa o normativa*; y *iv)* cuestiones de control previo de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el pleno del Congreso, hasta antes de su promulgación y publicación.

Específicamente respecto de las *acciones contra la omisión legislativa o normativa*, el art. 70, fracción III, de la Constitución, reformado mediante el Decreto publicado el 17 de mayo de 2010 en el *Periódico Oficial* de la entidad federativa, estableció:

“III. De las *acciones contra la omisión legislativa o normativa*, imputables al Congreso, al Gobernador o a los Ayuntamientos, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que estén obligados por esta Constitución, así como de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma.

“El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el Estado, conforme a lo que disponga la ley.

“La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decrete la existencia de omisión legislativa o normativa, *surtirá efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión del Estado.*

“La resolución del Pleno respecto a omisiones del Congreso del Estado, otorgará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los Ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión”.

B) La acción de inconstitucionalidad deducida por el Procurador General de la República cuestionando la legitimidad de la reforma constitucional

En su momento, el Procurador General de la República dedujo acción de inconstitucionalidad 8/2010 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contra la disposición que acabamos de transcribir, además de los arts. 30, fracción XLI; 70, fracción IV, y 71, todos de la Constitución yucateca.

La citada acción fue resuelta por acuerdo del Tribunal pleno de la Suprema Corte, el 22 de marzo de 2012. El M.P. fue el Dr. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

Si bien el Tribunal juzgó procedente y parcialmente fundada la acción de inconstitucionalidad articulada, en el punto particular que importa a los efectos de este estudio (relativo a las acciones para corregir la inconstitucionalidad por omisión), reconoció la validez del art. 70, fracción III, de la Constitución Política del Estado de Yucatán, modificado mediante el Decreto publicado en la fecha y el sitio indicados *supra*.

En consecuencia, se declaró la constitucionalidad y mantuvo la vigencia del citado medio de control constitucional local, que rige bajo los lineamientos que ya fueron indicados.

7. Estado de Nayarit

A) La reglamentación de las fracciones I a V del art. 91 de la Constitución local

Por conducto del art. 91 de la Constitución estatal, reformado en 2009¹⁰³⁹, dentro del Poder Judicial del Estado se instauró una Sala Constitucional-Electoral compuesta por cinco (5) magistrados.

La Ley de Control Constitucional (LCC) de Nayarit tuvo por objeto reglamentar las fracciones I a V del art. 91. Fue publicada en la quinta sección del *Periódico Oficial Órgano del Gobierno del Estado*, el 2 de junio de 2010.

1039 Ver *Periódico Oficial Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit*, de 15 de diciembre de 2009, sección primera, Tomo CLXXXV.

La normativa legal en examen determina que la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia recibe competencia para conocer y resolver los siguientes *medios de control constitucional*: **i)** las controversias constitucionales, **ii)** las acciones de inconstitucionalidad, **iii)** *las acciones de inconstitucionalidad por omisión*, **iv)** las cuestiones de inconstitucionalidad y **v)** el juicio de protección de derechos fundamentales.

El dispositivo legal aludido advierte claramente que, en su interpretación y aplicación, la Sala Constitucional “*deberá preservar la observancia y exacto cumplimiento de la supremacía de la Constitución local*” (art. 2, LCC).

B) Pautas procedimentales que gobiernan las acciones de inconstitucionalidad por omisión

Específicamente respecto de las *acciones de inconstitucionalidad por omisión*, las líneas procedimentales trazadas por la LCC pueden condensarse del siguiente modo:

- Tales acciones procederán en contra de cualquier autoridad a quien la Constitución o una ley ordene expedir una norma de carácter general y cuando dicha omisión produzca violaciones a la Constitución local (art. 77, párrafo 1°).
- Están legitimados para ejercerlas cualquier autoridad o vecino del Estado y podrán plantearse en cualquier momento, mientras subsista la omisión (*Ibid.*, párrafo 2°).
- Una vez admitida la demanda, el magistrado instructor dará vista a los órganos demandados para que dentro del plazo de diez (10) días rindan un informe en el que se exprese si la norma cuya omisión se plantea ha sido o no expedida (art. 78). Asimismo, se solicitará al Director del *Periódico Oficial* que remita, dentro de cinco (5) días, un informe en el que especifique si ha sido publicada la norma cuya omisión se plantea; y, en caso afirmativo, deberá anexar los ejemplares correspondientes en los que figure dicha norma y sus modificaciones (art. 79).
- En el supuesto de que la accionada manifieste que su omisión obedece, a su vez, a la pretermisión de otra autoridad, se llamará a ésta al proceso en calidad de demandada, resolviéndose ambas omisiones en la sentencia definitiva (art. 80).
- El pronunciamiento que declare fundada la acción deberá ser aprobado cuando menos por tres (3) votos y *fixará el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un (1) año* (art. 81).

C) Breves consideraciones finales

Sobre el modelo implementado se ha sostenido que un elemento “democratizador” es que el ejercicio de la acción corresponde también *a cualquier vecino del Estado*,

constituyendo así una *actio popularis*¹⁰⁴⁰, lo que —nos permitimos añadir— sucede de la misma manera, por ejemplo y al menos en abstracto, en los sistemas implementados en Tlaxcala y Yucatán.

También se ha mencionado que los *efectos* de una sentencia que declare fundada la acción son los de fijar el plazo para la expedición de la norma, el cual no podrá exceder de un (1) año, es decir, se trata de un efecto “*anoticiador vinculante*”, en el que no únicamente pone en conocimiento de la omisión al órgano pasivo, “sino que lo vincula para que dentro de un plazo se enmiende la violación constitucional”¹⁰⁴¹.

8. Estado de Durango

A) Una importante reforma constitucional

Una reforma integral a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango se produjo en fecha relativamente reciente, instrumentada mediante Decreto N° 540, publicado el 29 de agosto de 2013.

Antes, en 2000 y como recuerda RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, se habían sancionado algunas disposiciones referidas al control de constitucionalidad, como el entonces art. 96, fracción XI, que atribuyó competencia al Tribunal Superior de Justicia para dirimir los conflictos que surgieran entre los ayuntamientos y los poderes del Estado, excepción hecha de las controversias constitucionales establecidas en el art. 105, fracción I, inc. ‘i’, de la Constitución federal¹⁰⁴².

Ya en relación con la innovación constitucional de 2013, según explica el autor citado en el párrafo anterior, se estableció “un sistema que comprende principios, instituciones y medios de control de constitucionalidad, lo cual constituyó un significativo avance para el constitucionalismo duranguense”¹⁰⁴³.

1040 MADERO ESTRADA, José Miguel, “La justicia constitucional local, un estudio particular del caso Nayarit”, trabajo compulsado en www.poderjudicialags.gob.mx, p. 8 del archivo en formato Word.

El autor citado alude a un antecedente judicial de la Sala Constitucional que declaró fundada una acción de inconstitucionalidad por omisión por falta de expedición del padrón municipal del municipio de Tepic, Nayarit, imputable al propio Ayuntamiento. Tras una interpretación sistemática y funcional, la Sala concluyó que no obstante que el padrón municipal no constituía una norma de carácter general, la acción era procedente en contra de actos cuyo cumplimiento era directamente prescrito por la Constitución. En consecuencia, ordenó al Ayuntamiento que en un plazo que no excediera de un (1) año se expidiera el padrón de mérito (*Ibid.*, p. 8, nota 12).

1041 *Ibid.*, pp. 8-9.

1042 RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel, voz “Derecho Procesal Constitucional (Durango)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, T° I, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación e IJ de la UNAM, México, D.F., 2014, p. 482.

1043 *Ibid.*, pp. 482-483.

En función del artículo 112 constitucional, el Tribunal Superior de Justicia (órgano máximo del Poder Judicial, que según el párrafo primero del art. 108 funciona en pleno y en salas y se compone de diecinueve —19— magistrados numerarios y ocho —8— supernumerarios), tiene como misión, conforme a la fracción VI de aquella disposición, “*garantizar la supremacía y control*” de la Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella.

Específicamente en el título cuarto (“De la soberanía y forma de gobierno”), capítulo VI (“Del Poder Judicial”), sección séptima (“Del control constitucional”), el art. 118 —párrafo inicial— estatuye que para el ejercicio de la facultad establecida en la fracción VI del art. 112, *Ibid.*, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala de Control Constitucional integrada por tres —3— magistrados, que habrán de ser miembros del propio tribunal.

Luego de puntualizar el citado art. 118, párrafo segundo, que el control de constitucionalidad “es un procedimiento para mantener el principio de supremacía constitucional” y que “tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito estatal, sin perjuicio de lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”; señala en su párrafo tercero que la Sala de Control Constitucional ejercerá, además, “una función consultiva para los órganos del Estado”, a fin de interpretar las normas contenidas en esa Constitución local.

B) Los medios de control de constitucionalidad instrumentados por la innovación constitucional y, en particular, la acción por omisión legislativa

La citada modificación de 2013 ha prefigurado en su art. 119 una trilogía de instrumentos de examen de constitucionalidad, de los que conocerá la Sala de Control Constitucional, en los términos que disponga la ley.

a) Las *controversias constitucionales locales* que tengan por objeto resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes instancias y niveles de gobierno, con excepción de la materia electoral, sin perjuicio de las controversias constitucionales que le compete resolver de manera exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se susciten entre: a) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; b) El Poder Ejecutivo y uno —1— o más municipios del Estado; c) El Poder Legislativo y uno —1— o más municipios del Estado; d) Dos —2— o más municipios del Estado, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales; e) Uno —1— o más órganos constitucionales autónomos y los poderes Ejecutivo o Legislativo, o entre aquellos y otro u otros órganos del gobierno estatal o municipal (fracción I).

b) Las *acciones de inconstitucionalidad* que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general, estatal o municipal, y la Constitución (y que deben ser ejercidas dentro de los sesenta —60— días naturales siguientes al de la publicación de la norma), que sean promovidas por: a) El Ejecutivo del Estado; b) El treinta y tres por ciento —33%— de los integrantes del Congreso del Estado; c) El treinta y tres por ciento —33%— de los regidores del municipio en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por el ayuntamiento; d) Los titulares de los órganos constitucionales autónomos, con relación a la materia de su competencia; y e) Los partidos políticos nacionales y estatales debidamente acreditados y registrados ante el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Durango, en materia electoral (fracción II).

c) Las *acciones por omisión legislativa*, cuando se considere que el Congreso del Estado o algún ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté “mandatado” emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local, que interponga: a) El Gobernador del Estado; b) El treinta y tres por ciento —33%— de los miembros del Congreso del Estado; c) El treinta y tres por ciento —33%— de los integrantes de los ayuntamientos; d) El cero punto cinco por ciento —0,5%— de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; e) Los titulares de los órganos constitucionales autónomos, en sus respectivas materias (fracción III).

Las resoluciones que emita la Sala de Control Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirán sus efectos a partir de su publicación. En dicho decisorio se determinará *el plazo en el cual el Congreso del Estado o el Ayuntamiento* deberán enmendar *la omisión correspondiente, el que no podrá exceder de ciento ochenta —180— días. El incumplimiento de esta sentencia, será motivo de responsabilidad* (id. fracción).

III. Esquema comparativo de los ordenamientos analizados

Del recorrido precedente, pueden detectarse algunas semejanzas y diferencias entre los diversos esquemas, como también individualizarse ciertas particularidades dignas de ser resaltadas.

1. En primer lugar, con relación a las *denominaciones* empleadas para designar al medio constitucional pensado para corregir las pretericiones inconstitucionales, se observa que, salvo Nayarit y el especial caso de Coahuila, en general se las denomina con

fórmulas muy similares como “acciones *por* omisión legislativa” (Veracruz, Chiapas, Quintana Roo y Durango), “acciones *contra* las omisiones legislativas” (Tlaxcala) o “acciones *contra* la omisión legislativa o *normativa*” (Yucatán).

En el caso nayarita, el remedio allí ideado se denomina “*acción de inconstitucionalidad por omisión*”, lo que denota que la vía constitucional en examen tiene un radio más amplio de cobertura.

Por su parte, Coahuila es un supuesto atípico ya que en ese ordenamiento no se implementó una acción específica para salvar la omisión legislativa, sino que dentro del radio de cobertura de la *acción genérica de inconstitucionalidad*, una de sus posibilidades de articulación consiste justamente en reclamar la *inconstitucionalidad por omisión*.

2. Por lo que respecta a la *legitimación* para deducir la acción y, por extensión, a la *naturaleza jurídica* de ésta, se observan ciertas divergencias.

Un grupo involucra a Veracruz y Quintana Roo, donde la habilitación para articular la acción se adjudica a autoridades estatales o municipales específicamente determinadas, con algunas variantes menores.

Por ejemplo, Quintana Roo la atribuye al Gobernador y a un ayuntamiento; mientras que Veracruz, además de incluir al Gobernador, la dispensa —como mínimo—, a la tercera parte de ayuntamientos; y, a su tiempo, Chiapas posee una previsión similar a la veracruzana aunque incorpora en la nómina, cuando menos, a la tercera parte de los miembros del Congreso.

Por su parte, Tlaxcala, Yucatán y Nayarit se separan de tales prescripciones, diseñando las dos primeras un esquema de legitimación ostensiblemente más amplio al utilizar una fórmula de textura abierta ya que, por un lado, las conceden genéricamente “a las autoridades estatales y municipales”, sin mayores aditamentos o especificaciones; y, por otro, también las acuerdan en forma laxa a “las personas residentes en el Estado”. En análogo sentido, Nayarit concede legitimación para ejercerlas a *cualquier autoridad o vecino del Estado*, añadiendo que pueden plantearla en cualquier momento, mientras subsista la omisión.

Chiapas, Durango y Coahuila, si bien con distintas intensidades, parecieran moverse en similar sentido. Así, pese a que el sistema chiapaneco adjudica *legitimación activa* a diversas autoridades locales (Gobernador del Estado, cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado y cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos), también la concede a *ciudadanos inscritos en el padrón electoral*, en un guarismo no inferior al cinco por ciento (5%). En análoga línea se mueve el sistema duranguense, aunque además de determinados porcentuales de integrantes

del Congreso y los ayuntamientos añade a los *titulares de órganos constitucionales autónomos*, y atribuye legitimación a *ciudadanos inscritos en el padrón electoral* pero en una cantidad muy inferior al esquema de Chiapas exigiendo solamente el cero punto cinco por ciento (0,5%) de dicha nómina. A su turno, el ordenamiento de Coahuila ofrece un abanico aún más amplio, ya que tanto la brinda a favor de órganos estatales y municipales, como a *cualquier persona* cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales y a los *partidos políticos nacionales y estatales* con registro debidamente acreditado.

De todo lo anterior se desprende que Tlaxcala, Yucatán y Nayarit han delineado *acciones contra la omisión legislativa (o normativa) o de inconstitucionalidad por omisión*, como una suerte de *acción popular*. Esta afirmación podría envolver también, *mutatis mutandis*, a Coahuila fundamentalmente cuando la prevé en beneficio de *cualquier persona* en la medida que se trate de la protección de sus derechos fundamentales, aunque debe tenerse siempre en cuenta que en este escenario jurídico no existe una acción específica y propia contra la omisión inconstitucional, sino sólo una de las vertientes encapsuladas en la acción genérica de inconstitucionalidad.

Con algún punto de contacto con lo anterior, puede marcarse el supuesto chiapaneco (también el de Durango pese a imponer exigencias numéricamente más bajas) al estipular la posibilidad de incoar la acción *a, cuando menos, el cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral*. Debe reconocerse sin embargo que éste constituye un recaudo cuantitativo importante, lo que en cierta medida podría alejarla de la laxitud con que normalmente se diagraman las acciones populares.

3. En materia de *legitimación pasiva*, en sólo dos (2) de los sistemas reseñados se ha estipulado de manera específica que el destinatario del planteo es exclusivamente el *Congreso* (Veracruz y Quintana Roo), aunque cabe también presumir una solución semejante en Chiapas; mientras que en Tlaxcala y Yucatán pueden serlo el *Congreso, el Gobernador y los ayuntamientos* (o *concejos municipales*, según señala también el texto tlaxcalteco) y en Durango el *Congreso o algún ayuntamiento*.

Ya el modelo de Nayarit, congruente con la idea de amplitud con que la acción fue diseñada, muestra que ésta puede dirigirse contra *cualquier autoridad* a la que la Constitución o una ley ordene expedir una norma de carácter general y dicha omisión produzca violaciones a la Constitución local.

La especial situación de Coahuila (inexistencia de acción autónoma contra la omisión legislativa y funcionamiento dentro del marco de la acción genérica de inconstitucionalidad) no permite divisar con claridad quién sería el sujeto pasivo de semejante pretensión.

4. En lo concerniente al margen de *amplitud de la omisión legislativa censurable*, pueden desagregarse dos elencos.

Uno de ellos está representado por Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, cuyos ordenamientos —con mayor o menor dosis de extensión— focalizan la omisión en el Poder Legislativo estatal, sea ante la no aprobación de una ley o un decreto (Veracruz), la no resolución de alguna ley o decreto (Chiapas) o la no resolución sobre la expedición de alguna ley o algún decreto (Quintana Roo), siempre que tales pretermissiones afecten el debido cumplimiento de la Constitución local (fórmula esta última en la que coinciden los sistemas de las tres entidades federativas nombradas).

A su tiempo, Tlaxcala, Yucatán, Durango y Nayarit enfocan la cuestión con mayor vastedad, al habilitar la acción frente a omisiones legislativas (o normativas) no sólo imputables al Congreso, sino también al Gobernador y a los ayuntamientos o concejos municipales (Tlaxcala y Yucatán), al Congreso o algún ayuntamiento (Durango) o a cualquier autoridad (Nayarit). A su tiempo, Coahuila pareciera alinearse a este bloque al dar viabilidad a la acción genérica de inconstitucionalidad en el formato de inconstitucionalidad por omisión “cuando la Constitución del Estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos”.

Pese a lo indicado precedentemente en torno a la diferenciación de dos grupos dependiendo del órgano de donde puede provenir la omisión legislativa cuestionable por vía de la acción en estudio, justo es recordar que en general todos los ordenamientos comparten una impronta generosa al prefigurar los contornos de aquella. En efecto, disponen su configuración cuando dicha omisión *afecte el debido cumplimiento de la Constitución local* respectiva (Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Yucatán y Durango); o ésta *resulte incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos* (Coahuila); o la omisión *impida la eficacia* de aquella (alusión propia de Yucatán); o le *produzca violaciones* (Nayarit).

5. En lo relativo al tenor y el alcance de la sentencia que declare la omisión legislativa, existen determinadas peculiaridades dignas de ser relevadas.

A) Convergen algunas variantes normativas respecto del tenor preceptivo de la sentencia y de la existencia o inexistencia de previsión para el supuesto de incumplimiento de la misma por parte de la autoridad omitente.

Así, en lo tocante a la magnitud dispositiva del pronunciamiento que detecte la omisión legislativa, media coincidencia entre los ordenamientos analizados puesto que todos, de una u otra manera, imponen un plazo para que el órgano concernido *dicte* la norma jurídica omitida.

Vinculado con lo anterior, Quintana Roo, Yucatán y Nayarit coinciden en punto a que no se determina constitucionalmente la consecuencia que seguirá al incumplimiento por el órgano silente de la sentencia que declaró la omisión legislativa y le fija un parámetro temporal para cumplir el mandato.

Tampoco en Coahuila, aunque al dictar sentencia y fijar un “plazo razonable” el pleno del Tribunal Superior de Justicia lo comunicará al órgano competente para que dicte las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución carente de reglamentación, “*pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo*”.

Ya en los supuestos de Tlaxcala y Durango se determina que el incumplimiento de la resolución respectiva es *motivo de responsabilidad*. En Veracruz, por su parte y utilizando una fórmula más osada, si el Congreso no observa la conducta exigida en el plazo acordado, el Tribunal Superior de Justicia podrá emitir una suerte de *legislación provisional* en la que consten las bases a que deberán sujetarse las autoridades hasta tanto se expidan la ley o el decreto preteridos.

A su tiempo, el sistema chiapaneco ofrece la solución más audaz, similar a la del modelo ecuatoriano. Así, cuando se considerara que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un (1) período de sesiones, y si no lo hiciera y se tratara de leyes cuya expedición estuviera ordenada por la Constitución local o federal, *el propio Tribunal deberá pronunciarse acerca de la omisión, profiriendo de manera provisional las disposiciones pertinentes, “legislación [que] estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa”*.

B) Donde sí existe, en general, convergencia normativa es en referencia al momento desde el cual producirá efectos la sentencia que acoja la acción y declare la omisión inconstitucional, ya que —con variantes léxicas pero un denominador semántico común— se estipula que ello acaecerá a partir de la publicación de la resolución en el periódico oficial del respectivo Estado. Así sucede en Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Yucatán y Durango.

Por su parte, es dable entender idéntica solución en el sistema tlaxcalteco, al expresar la normativa constitucional que la sentencia que expida el Tribunal deberá publicarse en el *Boletín del Poder Judicial* y en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, además de que un extracto de la misma se editará en los periódicos de mayor circulación en el Estado.

IV. Sumario mensaje final

Para concluir, y excediendo el registro puntual de la acción por omisión legislativa en el plano de las reseñadas entidades federativas mexicanas, si bien juzgamos como auspicioso el remozamiento constitucional local producido a partir de la precursora reforma constitucional veracruzana de 2000 y la implementación de diversos instrumentos de defensa de las constituciones locales, debe tenerse en cuenta la advertencia de FERRER MAC-GREGOR, quien enfatiza que de la actuación de las jurisdicciones constitucionales locales se requiere un mayor dinamismo para que asuman el trascendental papel histórico que se les ha confiado en aras de consolidar el federalismo mexicano¹⁰⁴⁴.

Agrega el autor nombrado que el éxito o el fracaso del incipiente sistema dependerá de la expedición de las leyes que en los ámbitos locales deben reglamentar los distintos instrumentos creados constitucionalmente, del dinamismo interpretativo de los jueces federales, de la actuación eficaz y valiente de los magistrados de las jurisdicciones constitucionales en su dimensión local y de la debida articulación de los mecanismos de control constitucionales estatales con los previstos en el ámbito federal¹⁰⁴⁵.

Son muy numerosas las entidades federativas que implementan medios de control constitucional. Entre éstas, pueden contabilizarse las siguientes: Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas. No obstante ello y como ha aclarado acertadamente FIGUEROA MEJÍA, en la mayoría de dichas entidades únicamente se contemplan las controversias constitucionales; o bien, al no estar desarrollada la legislación secundaria, los instrumentos de control introducidos no pueden tener verdaderos efectos prácticos¹⁰⁴⁶.

Con todo y más allá de las particularidades, los defectos, las virtudes y las carencias de desarrollo de los instrumentos constitucionales, que pudieran presentar los modelos aquí bosquejados sucintamente y otros que también integran el esquema federal mexicano, debe rescatarse como algo muy positivo el fenómeno mismo de la *estructuración de la justicia constitucional local como instrumento clave para la dinamización del federalismo*.

1044 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, op. cit., "Derecho Procesal Constitucional local. La experiencia en cinco Estados 2000-2003", p. 481.

1045 *Ibid.*, pp. 481-482.

1046 FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., op. cit., "La giustizia costituzionale locale in Messico. Analisi comparata e proposte di riforma", p. 220, nota 2.

CAPÍTULO

III

**PROVINCIA DE RÍO NEGRO
EN ARGENTINA**

I. Aclaración previa

1. Nota introductoria

Más allá de que, como veremos, la Provincia de Río Negro haya instituido expresamente en su texto constitucional una acción específica para controlar la inconstitucionalidad por omisión, existe algún antecedente normativo-constitucional (hoy derogado) y precedentes jurisprudenciales sobre el particular en otros puntos de nuestro país.

2. 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 previó en su art. 133, párrafo 1°, que la obediencia a la Constitución y al equilibrio de los poderes que ella establecía debían quedar especialmente garantizados por un *Tribunal Constitucional* compuesto de cinco (5) miembros. Es dable aclarar que el mencionado Tribunal, inusual para la idiosincrasia jurídica argentina, nunca fue implementado y por ende jamás pudo operar.

Con arreglo a lo determinado en el artículo constitucional 134, inc. 1°, dicho Tribunal receptaba competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos y ordenanzas, con el alcance general previsto en el párrafo final del art. 22, *Ibid.*, es decir, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada. Si el Tribunal no hacía lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma objetada, la cuestión no podría ser reeditada, quedando a salvo la posibilidad de que los interesados la impugnarán ante los jueces, mas ya con efectos específicos (artículo 22 constitucional, *in fine*).

Por su parte, en el art. 134, inc. 2°, *Ibid.*, en el marco de una suerte de acción de inconstitucionalidad por omisión *sui generis*, se acordaba al aludido órgano la atribución de “entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo 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”.

Como anticipábamos, la figura del Tribunal Constitucional —extraña al esquema orgánico de configuración de la justicia constitucional argentina— nunca entró en

funcionamiento y fue finalmente derogada por la reforma de la Constitución tucumana producida en 2006.

3. Algunas aproximaciones jurisprudenciales al instituto en el derecho público provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Entre otros antecedentes, pueden computarse los que referiremos brevemente a continuación.

A) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

Es posible contabilizar un muy interesante fallo de la Sala Primera de tal Tribunal, en la Causa N° 76.181: “Banco Hipotecario S.A. en Juicio 125.123/6.693, Zapata, Jorge Eduardo c/ Banco Hipotecario p/ Acción de Amparo s/ Inconstitucionalidad y Casación”, resuelta el 11 de julio de 2003, con voto en primer término de la hoy ex integrante de ese Tribunal, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, acompañada de los Dres. Fernando Romano y Carlos Moyano (el texto del fallo puede consultarse en: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=03199226&ta=sc>).

El problema central que la Sala entendió debía esclarecer radicaba en determinar si era o no inconstitucional el art. 39 del Decreto Nac. N° 1.387/01 (B.O. de 2 de noviembre de 2001) y sus modificatorios, en cuanto *obligaba* al banco a recibir títulos de la deuda pública de sus deudores calificados en las categorías 4, 5 y 6 y, en cambio, lo *facultaba* para esa misma transacción tratándose de deudores incluidos en las categorías 1, 2 y 3.

Luego de discurrir sobre distintas cuestiones consideradas por la Sala como *dificultades de la aplicación del principio de igualdad ante la ley*, recaló en un punto básico de la petición del amparista: la denuncia de *inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa* en que se habría incurrido en su contra, dado que el decreto resultaba inconstitucional al no incluirlo y la intención del interesado consistía justamente en que el tribunal lo incorporara a la previsión normativa.

Decodificado el *quid* de la pretensión actora, la sala se dedicó a recorrer los aportes doctrinarios, extranjeros y nacionales, sobre la inconstitucionalidad por omisión (y ciertas referencias vinculadas a la mecánica jurisprudencial que al respecto evidenciaba la praxis de algunos tribunales constitucionales europeos), para analizar cómo tales pautas podían operar en el caso concreto.

En ese sentido, sostuvo que el decreto cuya validez constitucional se impugnaba cumplía sólo en parte los requisitos para superar airoosamente el test

de constitucionalidad, pues si bien era cierto que había dado una fundamentación objetiva para el trato desigual, en tanto los deudores morosos obligaban a los bancos a “previsonar” mientras que los no morosos no generaban tal obligación, no quedaba en claro la coherencia del legislador en el desarrollo de los criterios elegidos para la diferenciación, y menos aún aparecía con nitidez la inexistencia de otros principios constitucionales que justificaran la diferencia de trato que consagraba en cuanto al “derecho a la liberación”.

Concluyó que el legislador había excluido irrazonablemente a un grupo (“los cumplientes”) de un derecho a la liberación concedido a otros (“los incumplientes”).

Finalmente, optó por dictar una *sentencia aditiva* que introdujera al deudor discriminado en el grupo de protección previsto por el decreto cuestionado. Señaló que no generaría “un efecto económico desequilibrante” dado que el plazo previsto para favorecerse con el régimen de emergencia se encontraba vencido, además de que la decisión sólo tendría efectos para el caso concreto y los supuestos análogos que se estuvieran tramitando. Añadió que se trataba de un supuesto en que el legislador pudo dar otras soluciones que dependían de su discrecionalidad, pero justamente lo discutido y tildado de inconstitucional en el particular era el criterio de selección: ser o no moroso, con opción para el banco de aceptar también al no moroso.

En suma, el pronunciamiento se construyó sobre la base de una plataforma jurídico-fáctica compleja, abordando diversos aspectos dignos de análisis, v. gr.: la virtualidad de la acción de amparo como herramienta procesal constitucional; la “reconducción” que la sala sentenciante hizo de la pretensión del amparista; la actitud aperturista que —en el ámbito del contralor de constitucionalidad— evidenció al atreverse a superar formalismos e ingresar al tan interesante como “incómodo” asunto de la inconstitucionalidad por omisión; y el camino analítico que discurrió abarcando las diversas tipologías sentenciales utilizables, para seleccionar una modalidad decisional *aditiva* en orden a conjurar una omisión inconstitucional relativa. Sin embargo, posteriormente la CSJN revocó el pronunciamiento, sosteniendo que se trataba de políticas fiscales, que no existía desigualdad y por tanto no mediaba inconstitucionalidad.

B) Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Un decisorio pionero fue dictado por el citado Juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Sec. 1, el 15 de noviembre de 2002, en Expte. N° 3.586/2001: “García Elorrio, Javier María c/ G.C.B.A. y otros s/ Amparo (art. 14 CCABA)”.

Allí se dirimieron dos acciones de amparo (acumuladas) articuladas contra el Gobierno y la Legislatura de la CABA, en virtud de la omisión en que habrían incurrido

tales poderes del Estado al no proyectar, sancionar y promulgar la ley de creación de comunas prevista en los arts. 127 y ss. y en la cláusula transitoria decimoséptima de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA), conducta a la que el peticionante calificaba como un ataque manifiesto y artero a sus derechos políticos y electivos dado que mediante ella se le provocaba la imposibilidad de elegir y ser elegido, en violación de los arts. 1, 33, 37 y ccds. de la C.N. y 1, 62 y ccds. de la CCABA.

Entre otras numerosas apreciaciones, en el subap. XIV.2.A (“La revisión en sede judicial de la omisión legislativa. Alcance de las facultades del Poder Judicial y cuestiones concomitantes”) de la sentencia, el juez Juan Vicente Cataldo sostuvo:

- “[E]n cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico (civil, comercial, administrativo, laboral, penal, internacional público o privado, etc.) *las obligaciones se transgreden no sólo con actos positivos, sino también (y muchas veces más a menudo), con actos negativos, con omisiones: se deja de cumplir con el deber impuesto*. No se advierte por qué el derecho constitucional sería una excepción a esta regla básica y general”.
- El imperio de la Constitución —de la CABA— “está enfáticamente declarado en su art. 4. Y su supremacía se expresa mediante una frase clara —e inédita, por cierto— de su art. 10: «*Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*»”.
- La ausencia de ley, único instrumento jurídico que puede reglamentar el ejercicio de los derechos (principio de legalidad, cfr. arts. 19, 14 y 28, de la C.N.), “*no quita, ni puede quitar, operatividad a esos derechos que reconoce la Constitución*”.

Sobre la base de éstas y otras argumentaciones, hizo lugar parcialmente a las acciones de amparo promovidas y, en consecuencia, ordenó a la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana de la Legislatura de la CABA que produjera despacho sobre alguno cualquiera de los proyectos de ley que eventualmente estuvieran o fueran sometidos a su consideración y tuvieran como objeto la organización de comunas en la Ciudad, de acuerdo con las prescripciones de los arts. 127 y ccds. de la CCABA, y pusieran el proyecto que se tratara a debate y decisión del pleno de la Legislatura, en la forma y los plazos previstos por las normas aplicables del Reglamento Interno del cuerpo, todo ello bajo apercibimiento de hacer operativa la orden que se precisaba en el apartado 4° de la sentencia. Se aclaraba que en ningún caso lo ordenado debía entenderse en el sentido de otorgar preferencia a algún proyecto de ley en particular (pto. dispositivo 3°).

Asimismo, estableció que en caso de que la Legislatura no aprobara una ley de organización de las comunas que permitiera realizar comicios para elegir juntas

comunales en concurrencia con los siguientes e inmediatos comicios generales para la elección de autoridades locales, el Gobierno de la Ciudad debía convocar a esas elecciones en cada uno de los distritos delimitados para los dieciséis (16) centros de gestión y participación entonces existentes en la Ciudad, con la modalidad de elección y forma de integración previstas en el art. 130 de la CCABA. Esas juntas comunales pasarían a cumplir los objetivos, funciones y competencias que las normas vigentes otorgaban a las direcciones generales de esos centros —que dependerían de las juntas— en el marco de las funciones exclusivas y concurrentes establecidas en la Constitución local. El Gobierno debía adoptar las decisiones instrumentales adicionales que posibilitaran el ejercicio por las juntas de sus funciones constitucionales. Todo ello hasta tanto se dictaran las leyes contempladas en los arts. 127 y demás concordantes del título sexto de la CCABA (pto. dispositivo 4°).

Tal sentencia fue luego revocada parcialmente por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala 1ª, en resolutorio de 19 de mayo de 2003, con la disidencia parcial del Dr. Carlos F. Balbín. En síntesis, se dejaron sin efecto los puntos dispositivos 3° y 4° de la resolución de primera instancia y se ordenó al Poder Legislativo que sancionara la ley prevista por el art. 127 de la CCABA, durante el período legislativo entonces en curso (ambos fallos fueron consultados en su momento en <http://www.revistarap.com.ar>).

II. Presentación de la figura en la Provincia de Río Negro

De regreso del *excursus* que antecede, se observa que la Constitución Provincial nominada en el título (en adelante, C.P.) ha instituido —en la parte tercera, sección quinta, capítulo II—, dentro de la jurisdicción originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia provincial (en lo sucesivo, STJ), 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. art. 207, inc. 2°, ap. 'd').

Es decir, ha pautado una acción específica para salvar las omisiones inconstitucionales, que *no debe ser confundida con el mandamiento de ejecución diseñado en el artículo 44 constitucional*.

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 estos 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 STJ, el que —como expresáramos— ejerce respecto de este tipo de acción, *competencia originaria y exclusiva*.

Para que objetivamente se abra el camino hacia 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”, según la interpretación del STJ¹⁰⁴⁷.

Si éste acoge la acción (que en algunos casos denomina *inconstitucionalidad por omisión* y en otros, *inconstitucionalidad por mora*), se abre un abanico de opciones:

- i) En primer lugar, debe fijar el plazo para que la omisión sea subsanada.
- ii) Si el órgano omitente no lo acatara, el STJ “integra el orden normativo”, resolviendo la cuestión, para lo cual se reducen el perímetro y la superficie de su sentencia estrictamente al caso concreto. Al respecto, BIDART CAMPOS subraya que “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”¹⁰⁴⁸.
- iii) Si ello no fuera posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado de conformidad con el perjuicio indemnizable que se acredite (art. 207, inc. 2°, ap. ‘d’, de la C.P. y art. 41, inc. a.4, de la Ley Orgánica)¹⁰⁴⁹.

1047 Como veremos *infra*, tal lo que verificara el Superior Tribunal rionegrino *in re* “Gómez, Daniel A. s/ Inconstitucionalidad por omisión” (mora legislativa).

1048 BIDART CAMPOS, Germán J., “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro”, en *El Derecho*, T° 129, Buenos Aires, 1988, p. 949.

1049 Cfr. LOZADA, Ezequiel y LOZADA, Martín, *El Derecho Público de Río Negro*, Ed. Fco. Héctor Estrada, Viedma, 1994, p. 335.

III. Recorrido jurisprudencial

1. Marco referencial

Sentadas las particularidades del sistema, y en orden a graficar el destino que la acción ha tenido en la percepción jurisprudencial del STJ¹⁰⁵⁰, acometeremos a continuación un señalamiento de algunos de los fallos emitidos por dicho órgano jurisdiccional en los casos en que se examinó —en modo directo o tangencial— la viabilidad o la inviabilidad de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

2. Los casos específicos por examinar

Abordaremos sucesivamente los pronunciamientos recaídos en las siguientes causas: “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”; “Gómez, Daniel A. s/ Inconstitucionalidad por omisión”; “Lozada, Julio César y Otros s/ Acción de inconstitucionalidad por omisión”; “D’Onofrio, Eduardo Lucas y Otra s/ Acción de inconstitucionalidad por omisión” y “L., G. E. s/ Acción de inconstitucionalidad”.

A) “Robles de Giovannini”

En “Robles de Giovannini, Modesta V. s/ Mandamus” (Expte. N° 7.623/89, fallado en 1991), el STJ decidió rechazar la acción de inconstitucionalidad por omisión que buscaba que el Poder Ejecutivo reglamentara una ley¹⁰⁵¹, atento a que no existía tal “obligación” para éste, al haberse delegado la facultad reglamentaria a un ente público no estatal¹⁰⁵². Al efecto, recordó que sólo pueden ser sujetos pasivos de la acción, el Estado Provincial o los municipios.

Además, el Tribunal —conducido por la jueza ponente, Dra. Flores— sentó algunas pautas de interés, expresando que:

- la prevista en el art. 207, inc. 2°, ap. ‘d’, de la C.P. es una de las formas de la acción de inconstitucionalidad, en el caso, la “inconstitucionalidad por mora”; y

1050 Los decisorios que se citarán en este segmento pueden ubicarse en www.jurionegro.gov.ar.

1051 Se trataba de la reglamentación del art. 84, inc. ‘k’, de la Ley Prov. N° 1.340 del Notariado.

1052 Se había delegado tal labor al Colegio Notarial, que debía cumplirla por medio de su Consejo Directivo.

- ella se circunscribe 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.

Por su parte, delineó las diferencias entre tal acción y el *mandamus* (art. 44 de la C.P.), tomando en cuenta tres (3) elementos distintivos (el *sujeto pasivo*, el *objeto* y la *finalidad*):

- En cuanto al *sujeto pasivo*, en la acción es el Estado Provincial o los municipios; mientras que en el *mandamus*, es todo funcionario o ente público administrativo al que se le ha impuesto un deber concreto a cumplir.
- En relación con el *objeto*, el de la acción consiste en el dictado de una norma que marca un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios; al tiempo que en el *mandamus*, es el cumplimiento —por parte del funcionario o ente administrativo— del deber impuesto por la Constitución, una ley, un decreto, una ordenanza o resolución.
- En punto a la *finalidad*, en la acción el STJ 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; mientras que en el *mandamus* —por su parte—, comprobado que fuera el rehusamiento, libra mandamiento exigiendo el cumplimiento inmediato del deber ya fijado normativamente, que hubiera sido desobedecido.

B) “Partido Justicialista”

En “Partido Justicialista de la Provincia de Río Negro s/ Mandamus” (Expte. N° 8.934/92), se pretendía —a través del *mandamus* (art. 44 C.P.)— que “el Poder Ejecutivo Provincial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 125 de la ley 2.353 designe las autoridades de la Comisión de Fomento de la Localidad de Mencú”¹⁰⁵³.

Resulta importante el voto del Dr. García Osella¹⁰⁵⁴, pues puso de manifiesto que el ordenamiento constitucional rionegrino “recepta la posibilidad de la mora en el dictado

1053 Cabe recordar que en su parte pertinente el mencionado art. 125 de la Ley Prov. N° 2.353 rezaba: “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”.

1054 Magistrado que —no obstante coincidir con la solución desestimatoria propiciada por los Dres. 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 que sostuvieron que “del examen de la presente acción surge claramente el incumplimiento de los requisitos esenciales que obstan a la procedencia de la misma”.

de los reglamentos, cuando expresamente introduce, como institución novedosa en el derecho argentino, la previsión del art. 207, inc. 2°, ap. '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 Procurador¹⁰⁵⁵, el precepto constitucional caería 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* (art. 44, C.P.) no era la idónea y, por el contrario, sí lo era la del art. 207, inc. 2°, ap. 'd', *Ibid.* (acción de inconstitucionalidad por omisión).

Agregó este ministro que, a su juicio, la norma —refiriéndose al art. 125 de la Ley Prov. N° 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 [...] 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.

1055 En su dictamen, el 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 Dr. 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 político-institucional” y que “a mérito del Poder Reglamentador no se han producido las necesarias circunstancias políticas para reglamentar el art. 125 de la Ley 2.353”.

C) “Pichetto”

En “Pichetto, Miguel Ángel s/ Acción de inconstitucionalidad por omisión” (Expte. N° 9.480/93), se presentó el actor aduciendo su calidad de nominado en la sesión de 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 STJ procediera a disponer lo necesario para que se concretara 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 pronunciamiento¹⁰⁵⁶. Entendió que disponer lo contrario implicaría una intromisión —improcedente y extemporánea— del Poder Judicial respecto del Legislativo y del Consejo de la Magistratura¹⁰⁵⁷.
- Que los mecanismos “internos y sujetos a un reglamento” comprendían facultades del Poder Legislativo que quedaban excluidas del criterio de judiciabilidad¹⁰⁵⁸.
- 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.
- Y, en definitiva, unánimemente se decidió el rechazo *in limine* de la acción propiciada.

1056 En línea análoga y *mutatis mutandis*, vemos que por Auto de 11 de abril de 1984, referido a la selección de una plaza de funcionario de las cortes de Castilla y León, el Tribunal Constitucional español rechazó la acción incoada “no por considerarse incompetente, sino por no existir un acto firme tal como dispone el artículo 42 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” (vid. BALBÍN, Carlos E., “El control de los actos políticos”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, N° 29, CEC, Madrid, 1991, p. 51).

1057 Es importante tener en cuenta que previamente el legislador Pichetto había entablado un *mandamus* (Expte. N° 9.258/93: “Pichetto, Miguel Ángel s/ Mandamiento de prohibición”), de resultados del cual el Superior Tribunal dictó sentencia el 16 de abril de 1993 requiriendo de la Legislatura provincial que en la designación de representantes para el Consejo de la Magistratura, se respetara la normativa tuitiva de las minorías. Tal exigencia fue cumplida por dicho Poder, de acuerdo con lo comunicado al Superior Tribunal el 22 de junio de 1993.

1058 Así lo sostuvo la Dra. Flores en su voto, citando como precedentes en tal sentido a las siguientes causas: “Franco”, fallo de 3 de mayo de 1990 y “Pichetto”, resolución de 16 de abril de 1993 (esta última, aludida *supra*).

D) “Espinoza”

En “Espinoza, Luis s/ Acción de inconstitucionalidad por mora” (Expte. N° 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 art. 22, inc. 5°, de las Normas Complementarias de la C.P.

Primigeniamente, el demandante encuadró su acción como *mandamus* (art. 44, C.P.), mas el Superior Tribunal —con buen criterio— la reencasilló procesalmente como “acción de inconstitucionalidad por mora” (art. 207, inc. 2°, ap. ‘d’, *Ibid.*).

Luego de algunas contingencias procesales (excepción de falta de legitimación activa planteada por Fiscalía de Estado y vista evacuada por el Procurador General), el Superior Tribunal dispuso oficiar al Presidente de la Legislatura, solicitándole remitiera una copia del proyecto de ley de Justicia Especial Letrada (citado en publicaciones periodísticas de 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 procedencia¹⁰⁵⁹.

E) “Gómez”

En la causa “Gómez, Daniel A. s/ Inconstitucionalidad por omisión” (Expte. N° 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 2 y 149 constitucionales), la cual no había sido dictada por la Legislatura Provincial.

Luego de analizada la causa (y coincidiendo parcialmente con lo expresado por el Procurador General), el STJ concluyó que verdaderamente *se 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

1059 Para fundamentar la desestimación de la acción, el Superior Tribunal reenvió a lo expresado en el caso “Robles de Giovannini” (*vid. supra*), en el que “tuvo oportunidad de expedirse [...] marcando lineamientos” para la viabilidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

(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.

A esos fines, fijó a la Legislatura como plazo para subsanar la omisión legal en reglamentar el derecho de revocatoria (art. 149, C.P.), el período legislativo inmediatamente siguiente (cfr. art. 207, inc. 2°, ap. 'd', *Ibid.*).

F) “Lozada”

En “Lozada, Julio César y Otros s/ Acción de inconstitucionalidad por omisión” (Expte. N° 22.095/07, resuelto el 21 de abril de 2008), los demandantes (Emilce del Carmen Anabella Soto; y Viviana Esther Muñoz y Patricio Rosamel Valderas, representados por el Sr. Julio César Lozada, en carácter de curador) interpusieron acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Municipalidad de El Bolsón, con el fin de que se ordenara a dicho municipio la entrega —mediante una Ordenanza de Adjudicación— de una vivienda o de un terreno para construirla, por carecer de morada, fundándose en normativa constitucional nacional y provincial, instrumentos internacionales sobre derechos humanos y legislación local (provincial y municipal). Cabe advertir que una de las actrices (Emilce del Carmen Anabella Soto) y uno de los hijos (menor de edad) de la pareja conformada por los restantes accionantes (Viviana Esther Muñoz y Patricio Rosamel Valderas) eran personas discapacitadas.

Ya para el supuesto de que se considerase que la vía elegida no era la correspondiente, solicitaron la transformación de la acción interpuesta en un *mandamus*.

Siguiendo el dictamen de la Procuradora General, el Tribunal entendió que de la normativa invocada (Ordenanza N° 108/92) no surgía ocio legisferante en instrumentar alguna de sus cláusulas, ya que aquella no obligaba a la Municipalidad de El Bolsón a dictar disposición alguna tendiente a otorgar a los presentantes un terreno o una vivienda, sino que lo que hacía era normar y establecer los recaudos necesarios para proceder a la “venta y administración de la Tierra Fiscal y propiedad privada municipal” (art. 1 de la citada Ordenanza).

Por ende, consideró que la Ordenanza alegada no contenía ningún deber concreto de dictar norma alguna y, consecuentemente, tampoco fijaba plazos para sancionar disposiciones, por lo que la acción intentada carecía de los mínimos recaudos exigibles para ser declarada admisible.

Igual temperamento adoptó respecto del eventual estudio de la acción como *mandamus*, ya que éste también resultaba inviable. En ese sentido, señaló que la falta

de una vivienda digna para los accionantes no era producto de un acto, inacción u omisión ilegítima atribuible al Estado, municipal en este caso.

En suma, el Tribunal rechazó la acción de inconstitucionalidad por omisión y el mandamiento de ejecución subsidiario planteados, aunque dispuso poner en conocimiento de las autoridades provinciales lo expresado en el fallo y, a los fines correspondientes, ordenó notificar al Municipio de El Bolsón, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Familia y al Consejo Provincial del Discapacitado, recomendándoles la atención del caso ante las particularidades que el mismo presentaba.

G) “D’Onofrio”

Es interesante detenerse en la causa “D’Onofrio, Eduardo Lucas y Otra s/ Acción de inconstitucionalidad por omisión (art. 56 Ley L Nro. 4.232)”, tramitada en Expte. N° 23.607/09-STJ y cuyo decisorio se pronunció el 17 de febrero de 2010.

Inicialmente los actores dedujeron un *mandamus* en los términos del art. 44 de la C.P., contra el “Instituto Autárquico del Seguro de Río Negro” (IAPS) a fin de que se ordenara remediar la omisión en la reglamentación del beneficio instituido por el art. 56 de la Ley L N° 4.232, al disponer que “los afiliados con beneficios jubilatorios que tengan 80 años o más de edad, podrán optar entre permanecer en el sistema o percibir un beneficio cuyo procedimiento e importe se determinará por vía reglamentaria”. Ello en función de la delegación expresa conferida por el art. 61 de la misma norma que establece la facultad del Directorio del IAPS a disponer los mecanismos necesarios y que resulten más convenientes para la implementación de la ley, como asimismo al dictado de las normas interpretativas, complementarias y aclaratorias del régimen.

Posteriormente, el planteo fue reconducido como *acción de inconstitucionalidad por omisión*.

La Fiscalía de Estado, por medio de apoderado, replicó la acción planteando en primer lugar el carácter abstracto de la cuestión, puesto que el Poder Ejecutivo provincial había dictado el Decreto N° 274/09 mediante el cual se reglamentó el art. 56 de la Ley L N° 4.232, existiendo una falta de legitimación pasiva pues quien tenía la facultad de reglamentar el art. 56 era el Gobernador de la Provincia. Alegó además que el citado decreto dispuso el inicio de la primera etapa para la percepción del beneficio previsto en el art. 56 de la Ley L N° 4.232 “para los afiliados de edad igual o mayor a noventa y cinco (95) años y para aquellos pasivos mayores de ochenta (80) años que sufran alguna patología que sea considerada enfermedad terminal por la Auditoría Médica del Instituto. En sus considerandos alude a que diversas razones económicas y financieras llevan a no permitir la opción amplia del beneficio a todos los afiliados mayores de ochenta (80) años”.

Luego de efectuar una serie de consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a la inconstitucionalidad por omisión, entre otras apreciaciones, el Tribunal argumentó lo siguiente:

- La reglamentación de la ley no podía alterar su espíritu ni conducir al cercenamiento de su alcance amplio. No obstante ello, en el caso de autos, mediante su reglamentación parcial, el Poder Administrador dispuso limitaciones no incluidas en la ley y por ello el planteo no había devenido abstracto, resultando oportuno subsanar la ausencia de reglamentación de la norma, en tanto lo hasta entonces reglamentado no abarcaba el universo de afiliados al cual estaba dirigida.
- Del texto del Decreto N° 274/09 surgía que la reglamentación no alcanzaba a la totalidad de las personas involucradas en el objeto de la ley (L N° 4.232), ya que de manera expresa la reglamentación comprendía únicamente la implementación del beneficio iniciando una primera etapa que abarcaba a los afiliados del IAPS “de edad igual o mayor a noventa y cinco (95) años y para aquellos pasivos mayores de ochenta (80) años que sufran alguna patología que sea considerada enfermedad terminal”.
- Que ante este reducido alcance, un amplio sector de afiliados comprendidos en la ley no se encontraban aún contemplados por la reglamentación de la norma.
- Y que resultaba acreditada la mora en la reglamentación de la Ley L N° 4.232 (sancionada el 4 de octubre de 2007 y promulgada el 25 de octubre de 2007). Así, en la aludida reglamentación ni siquiera se previó un plazo estimativo *para que el resto de la población beneficiada* por la citada ley pudiera acceder a su derecho de optar entre permanecer en el sistema o percibir el pago del beneficio en vida. Ello de acuerdo con el art. 56 de la nombrada ley, que clara y contundentemente prescribía *para todos “los afiliados con beneficios jubilatorios que tengan 80 años o más de edad”*.

En función de lo indicado, el STJ declaró la *inconstitucionalidad por omisión parcial* en la reglamentación del art. 56 de la Ley L N° 4.232 y la inconstitucionalidad del art. 1 del Decreto N° 274/09, disponiendo que el Poder Ejecutivo dictara una nueva reglamentación en el plazo de sesenta (60) días de notificado de la sentencia, atendiendo a los fundamentos expuestos en ésta, *no pudiendo formular ningún tipo de discriminación al respecto para las personas mayores de ochenta (80) años de edad*.

En otras palabras, declaró una *omisión inconstitucional relativa o parcial* (violatoria, en el caso, del principio de igualdad), ordenó al Ejecutivo la instrumentación de una nueva reglamentación dentro del plazo que le impuso y, además, determinó expresamente una pauta (a nuestro entender, de índole jurídica y axiológica) que no podía ser soslayada en la nueva reglamentación.

H) “L., G. E.”

En “L., G. E. s/ Acción de inconstitucionalidad” (Expte. N° 24.293/10 STJ, resuelto el 8 de mayo de 2012), el Tribunal rechazó la demanda en los términos en que fue propuesta (art. 207, inc. 2°, ap. ‘d’, de la Constitución), ya que en el caso no se daban las condiciones que justificaran su intervención desde que la *finalidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión consiste en fijar el plazo para que se subsane la omisión o, en su defecto, integrar el orden normativo y, de no ser posible, determinar un resarcimiento*.

Se centró en que el presupuesto de tal acción *es el no dictado de la norma*, situación que no acontecía en la causa. Añadió que, *cuando la norma está dictada, y no se la cuestiona constitucionalmente, el Tribunal se queda “sin materia”, sin causa sobre la cual expedirse*.

Sin perjuicio de ello, opinó que sí se encontraba habilitado para exhortar a los Poderes involucrados cuando se advertía, y era de público conocimiento, que las finalidades no se cumplieron ni se cumplirían si no se reformaba el régimen legal vigente. En consecuencia, *exhortó a la Legislatura provincial para que analizara la adecuación de la Ley Prov. E N° 2.583 al art. 110 de la Constitución Provincial*.

La resolución en cuestión fue suscrita por los magistrados Soderó Nievas, Maturana (Subrogante) y Azpeitia (Subrogante).

IV. Balance

El repaso jurisprudencial precedente nos permite insinuar algunos trazos que caracterizan a la situación jurídica en que se encuentra el instituto que estudiamos en el espacio jurídico rionegrino. Se aprecia que:

- Hasta el momento la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión no ha sido jurisprudencialmente empleada con demasiada frecuencia.
- Pareciera subsistir en los justiciables y operadores jurídicos alguna confusión entre tal acción y el *mandamus*, pese a que el STJ ha realizado esfuerzos para distinguir dogmáticamente ambas categorías de instrumentos procesales constitucionales.
- El Tribunal se muestra suficientemente conocedor de la acción de inconstitucionalidad por omisión, tanto desde el punto de vista teórico, como desde los planos doctrinario y de jurisprudencia comparada al respecto.

- Aquel pareciera adscribir a la denominada tesis “obligacionista”¹⁰⁶⁰ al momento de ponderar la viabilidad o la inviabilidad del planteo de inconstitucionalidad por omisión.
- Asimismo maneja y aplica la clásica distinción *wesseliana* entre omisiones absolutas y relativas.
- Aunque el Tribunal rechace formalmente la acción de inconstitucionalidad por omisión, ante las particularidades de algún caso en el que intervino y que envolvía a derechos y valores fundamentales (vivienda, salud, protección de personas discapacitadas, etcétera), procedió a notificar la sentencia a diversos organismos concernidos en tales menesteres, involucrándolos en la posible solución *jurídico-política* de la cuestión central que anidaba en la pretensión actora.
- En el supuesto de acoger la acción y fijar el plazo para que el Poder Ejecutivo, en el caso, procediera a materializar una nueva reglamentación de la ley en cuestión, el Tribunal le demarcó además un cierto umbral jurídico y axiológico que el Ejecutivo debía ineludiblemente respetar.
- Por último y más recientemente, ha puntualizado que el presupuesto de la acción de inconstitucionalidad por omisión *es el no dictado de la norma*, por lo que cuando ella ya estaba dictada, y no se la cuestionaba constitucionalmente, el Tribunal *se quedaba “sin materia”, o sea, sin causa sobre la cual expedirse*. No obstante, sí estaba habilitado para *exhortar a los Poderes involucrados* cuando se advertía, y era de público conocimiento, que las finalidades propuestas no se cumplieron ni se cumplirían si no se reformaba el régimen legal vigente.

1060 Cabe recordar que en el título tercero, capítulo primero, nos hemos referido con algún grado de detalle a las tesis “obligacionistas” y “normativistas” que intentan explicar dogmáticamente la omisión legislativa inconstitucional.

TÍTULO DECIMOCUARTO

**ANÁLISIS DE
LAS EXPERIENCIAS EN EL
DERECHO COMPARADO (III).
INSTRUMENTACIÓN DE LA
FIGURA POR LA VÍA LEGAL**

CAPÍTULO

I

**LA LEGISLACIÓN
DE COSTA RICA**

I. La reforma constitucional de 1989 y la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia

Por medio de la Reforma Constitucional 7.128, de 18 de agosto de 1989¹⁰⁶¹, se creó la Jurisdicción Constitucional, incluyéndose en el art. 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 48¹⁰⁶², 105¹⁰⁶³ y 128¹⁰⁶⁴ constitucionales.

El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (jurisdicción constitucional) fue desarrollado por la Ley N° 7.135¹⁰⁶⁵, cuyo rótulo es “Ley de la Jurisdicción Constitucional” (en adelante, también LJC).

En palabras de PIZA ESCALANTE, dicha Ley perfila 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 crea¹⁰⁶⁶.

Precisamente el art. 1 de la LJC (bajo el epígrafe “Objeto de la jurisdicción constitucional”) es absolutamente claro respecto de lo adelantado por el autor citado recientemente, al sentenciar que tal normativa “tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

1061 Publicada en *La Gaceta* N° 166, de 1 de septiembre de 1989.

1062 El que, como veremos al analizar la jurisprudencia de la Sala Constitucional, estipula el derecho de toda persona a los recursos de hábeas corpus y de amparo.

1063 Que, entre otros puntos, dispone que la potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio.

1064 Norma que, con relación al proceso de formación de la ley y entre otras cuestiones, determina algunos aspectos procedimentales que deben seguirse en caso de que el veto del Presidente de la Nación se funde en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa.

1065 Publicada en el Alcance N° 34 a *La Gaceta* N° 198 de 19 de octubre de 1989 y rectificadas por fe de erratas en *La Gaceta* N° 212 de 9 de noviembre de 1989. Fue modificadas por Ley N° 7.209, de 8 de noviembre de 1990.

1066 PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “La jurisdicción constitucional costarricense”, en *Justicia Constitucional comparada*, IJ de la UNAM y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México, D.F., 1993, p. 142.

A su tiempo y por imperio del art. 4 de la señalada 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”.

II. La alternativa fiscalizadora de las omisiones inconstitucionales en el esquema costarricense

1. El art. 73 de la LJC

Específicamente, el art. 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 hábeas corpus o de amparo.

[...]

“f) *Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas*”.

2. Delineación de la figura

Efectuada la transcripción legal precedente, y sin perjuicio de profundizar *infra* acerca de diversas cuestiones referidas —*inter alia*— a la caracterización general, los alcances y los efectos de la acción tendiente a controlar las pretermissiones inconstitucionales, sólo formularemos aquí algunas breves apreciaciones preliminares para presentar sintéticamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión en el derecho costarricense.

En primer lugar, nótese que desde la literalidad normativa de la parte pertinente del art. 73 de la LJC, se aprecia el diseño de dos tipos de omisiones potencialmente censurables a través de la acción de inconstitucionalidad: las *legislativas* y las *administrativas*.

Se ha explicado que, respecto de estas últimas (administrativas), el “control por omisión” está referido tanto a las disposiciones generales, que debieron ser emitidas por el Poder Ejecutivo o por la autoridad administrativa descentralizada en ejercicio de una potestad reglamentaria autónoma, como también a actos administrativos e incluso a actuaciones materiales de la Administración¹⁰⁶⁷.

Otra cuestión interesante por explorar se centra en la problemática de la *legitimación* en las acciones de inconstitucionalidad por omisión, tanto en su perfil activo cuanto en el pasivo.

En punto a la *legitimación activa*, ROJAS CHAVES entiende que rige la regla general establecida en el párrafo 1° del art. 75 de la LJC, esto es, *la titularidad de un interés directo y actual*, aunque concede que el reconocimiento legal de nuevas categorías de legitimación activa (*defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto*) consagradas en el párrafo 2° del art. 75, *Ibid.*, amplía las posibilidades de control por omisión, especialmente legislativa¹⁰⁶⁸.

El asunto no es precisamente sencillo de dilucidar pues existen diversas posiciones jurisprudenciales al respecto, que ofrecen también disímiles magnitudes de apertura y generosidad acerca de la legitimidad activa, aunque pareciera sobrevolar un punto de convergencia consensuada: no sería procedente la visualización de la acción de inconstitucionalidad (que cubre al control por preterición anticonstitucional) como una acción popular —como sí lo es, por ejemplo, la diseñada en el ordenamiento venezolano—, lo que supone la exigencia acreditatoria de ciertos recaudos al momento del intento por articularla.

Por su parte y con alguna conexidad con la temática de la *legitimación pasiva*, un problema que se plantea es el de discernir el rol con que la autoridad omisa comparece al proceso. Según se ha afirmado, ésta debería ocupar el papel de *parte* en el mismo¹⁰⁶⁹ y no, como se entendiera jurisprudencialmente (en concreto, en la Sentencia N° 1.463-90, que comentaremos *infra*), como *coadyuvante pasivo* (art. 83¹⁰⁷⁰ de la LJC) basándose

1067 ROJAS CHAVES, Magda Inés, “Control de constitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, mayo-agosto de 1991, San José de Costa Rica, p. 12.

1068 *Ibid.*, p. 18.

1069 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 2001, pp. 382-383.

1070 Bajo el rótulo de “Coadyuvancia activa o pasiva”, el precepto citado establece: “En los quince días posteriores a la primera publicación del aviso que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimo, podrán apersonarse dentro de ésta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa”.

en que, según la Sala Constitucional, en el ordenamiento costarricense el control de constitucionalidad es objetivo, por lo que no cabe tener como parte al funcionario público responsable del agravio, sino únicamente como coadyuvante¹⁰⁷¹.

Esta tesis judicial ha sido criticada al ser improcedente desde el ángulo procesal la posición del coadyuvante pasivo, máxime si se está ante una acción directa, desde que si aquel es el tercero que participa en el proceso apoyando y auxiliando a la parte que defiende lo impugnado, esta parte debe existir y ese “defensor” de la norma o del acto impugnados no existe en el proceso de inconstitucionalidad¹⁰⁷².

Abandonando la problemática de la legitimación para introducirnos en otra atractiva arista de la materia, valga mencionar que PATIÑO CRUZ y OROZCO SOLANO destacan que, más allá de la acción de inconstitucionalidad por omisión, otro medio de control eficaz de las pretermisiones anticonstitucionales en Costa Rica es la *consulta de constitucionalidad*, en sus vertientes *judicial* y *legislativa*, modalidades ambas que adquieren potencialidad tanto respecto de omisiones absolutas como relativas de los poderes públicos¹⁰⁷³.

Tales autores acotan que la *consulta judicial de constitucionalidad* encuentra fundamento —cubriendo a ambas variantes tipológicas— en la amplitud del art. 102 de la LJC, que en su tramo pertinente, preceptúa: “Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u *omisión* que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”¹⁰⁷⁴.

En lo tocante a la *consulta legislativa de constitucionalidad*, indican que también resulta adecuada a ambos tipos de omisiones. De este modo, la consulta sobre omisiones absolutas aplicaría en aquellos casos en los cuales un proyecto de ley puntual excluya totalmente una determinada materia que por imperativo constitucional deba regularse, por ejemplo, el caso de un proyecto de ley de presupuesto que omita consignar partidas que permiten el desarrollo de una norma constitucional¹⁰⁷⁵. Concretamente, en cuanto a la operatoria de la consulta, no menos de diez (10) diputados están habilitados para solicitar a la Sala Constitucional su opinión previa de los proyectos legislativos a efectos de verificar que no violan la Constitución; y, entre otras autoridades o poderes

1071 Como tendremos ocasión de apreciar, en dicha sentencia la Sala manifestó que la Procuraduría General de la República era el *órgano interviniente en el carácter de asesor* de aquella.

1072 ROJAS CHAVES, Magda Inés, op. cit., “Control de constitucionalidad por omisión”, p. 22.

1073 PATIÑO CRUZ, Silvia y OROZCO SOLANO, Víctor, *La inconstitucionalidad por omisión*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2004, p. 147.

1074 *Ibid.*, p. 144.

1075 *Ibid.*, p. 146.

del Estado, también la puede plantear la Defensoría de los Habitantes, si considera que un proyecto de ley puede resultar lesivo de derechos o libertades fundamentales.

A su tiempo, en los casos de omisiones relativas operaría cuando un proyecto de ley excluya injustificadamente a un grupo determinado de personas en contra de lo establecido en la norma constitucional, en cuyo caso, si bien la Sala no podría declarar la inconstitucionalidad de la norma por no haber sido aprobada, sí podría advertir sobre los vicios existentes en el proyecto para evitar a futuro la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la ley en caso de que sea aprobada con los vicios indicados¹⁰⁷⁶.

El esfuerzo argumentativo de los autores citados resulta loable e incluso coincidimos en que la vía de la consulta de constitucionalidad puede resultar un instrumento potencialmente útil para combatir las inercias inconstitucionales.

III. La ruta jurisprudencial

1. Introducción

El catálogo de resoluciones que brindaremos a continuación presenta cuatro partes bien definidas.

En el primer segmento (que comprende las N^{os}. 1.463-90, 7.403-94, 8.418-97 y 2001-05420, aunque la última podría también quedar incorporada al segundo de los grupos sentenciales por presentar puntos de contacto con las contenidas allí), se abordarán algunas sentencias que refieren en forma más o menos directa a las omisiones inconstitucionales, principal (pero no exclusivamente) del Poder Ejecutivo, al mostrarse éste total o parcialmente indolente en la actividad reglamentaria exigida.

Por su parte, en el segundo tramo (que involucra a las N^{os}. 3.435-92 y 1.633-96) se examinarán determinados casos en los que, empleando una técnica interpretativa extensiva, la Sala se acerca tangencialmente (a veces más que eso) a las omisiones inconstitucionales relativas violatorias del principio de igualdad. Incluso, desde el punto de vista del resultado que arroja algún decisorio, llega a aproximarse a una suerte de fiscalización *sui generis* del constituyente por falta de adaptación de una norma constitucional a las exigencias que le impone el juego armónico de otras disposiciones constitucionales con preceptos contenidos en ciertos trascendentes instrumentos internacionales de derechos humanos.

1076 Ídem.

Así y aunque no lo externalice, la Sala serpentea en el campo del deber del legislador de corregir errores de prognosis o de adaptar la legislación ante la modificación de las circunstancias determinantes, donde la omisión no es absoluta ni relativa sino que lo censurable es precisamente el incumplimiento de tal obligación de adecuación o superación del desfase que una regla puede haber sufrido como consecuencia del paso del tiempo o de la modificación del contexto jurídico en el que está llamada a operar, tornándose así desenfocada o incompatible con éste.

En el tercer bloque nos detendremos panorámicamente en la importante Sentencia N° 2005-05649, para dar cuenta luego de otras decisiones que implicaron un cierto repliegue respecto de lo decidido en ella.

Por último, en el cuarto paso de este recorrido jurisprudencial, enfocaremos brevemente un interesante pronunciamiento (N° 2010-11352) que, a nuestro juicio, se acerca al control respecto de la *inconvencionalidad por omisión*.

2. Las Sentencias N°s. 1.463-90, 7.403-94, 8.418-97 y 2001-05420

A) Voto N° 1.463, de 30 de octubre de 1990, en el Expte. N° 101-90

a) La cuestión versaba sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Lic. O.B.S. contra la omisión del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda, fundada en que dichos funcionarios habían quebrantado la Constitución Política al no aplicar la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público (N° 6.955, de 24 de febrero de 1984), en los términos contenidos en sus arts. 37¹⁰⁷⁷ y 61¹⁰⁷⁸.

Concretamente, el accionante acusó la omisión del Poder Ejecutivo en tanto, por un lado, no reglamentó la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público conforme lo ordenado por su art. 61 y, por el otro, no realizó la evaluación completa del sector público, iniciándola por ciertos programas e instituciones que señalaba el art. 37, *Ibid.*, a saber: Instituto Costarricense de Electricidad, Caja Costarricense de Seguro Social, Instituto Nacional de Seguros, Banco Popular y de Desarrollo Comunal, Refinadora Costarricense de Petróleo, Corporación Costarricense de Desarrollo, Instituto Nacional sobre Alcoholismo y Fondo de Mideplán. Ello con el propósito de revisar el gasto público, integrando comisiones que llevaran a cabo esa evaluación institución por institución y que finalmente presentaran informes

1077 Como mencionaremos en el texto, en función de tal artículo, el Poder Ejecutivo debía integrar un conjunto de comisiones que llevarían a cabo la evaluación completa del sector público.

1078 Según dicha norma, el Poder Ejecutivo debía reglamentar la ley en cuestión dentro del plazo de treinta (30) días desde su publicación.

de resultados a la Contraloría, la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y a las mismas instituciones.

b) La Procuraduría General de la República objetó que en el escrito inicial se indicara que la acción se interponía contra el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda pues, en su opinión, no era posible hacerlo así dada la naturaleza de la demanda, que pretendía el control de normas y actos a la luz de la Constitución Política.

Sobre el particular, si bien la Sala reconoció que ello era cierto, advirtió que tal aserto no permitía deducir que la acción estuviera mal interpuesta y que originara una causa de inadmisibilidad. Añadió que ya desde la resolución que diera curso a la acción, la Presidencia la tuvo por interpuesta y confirió la audiencia a la Procuraduría General de la República, que es, de principio, *el órgano interviniente en su carácter de asesor de la Sala*. Expresó también que, sin que hubiera necesidad de señalarlo expresamente, se desprendía de esa resolución que en ningún momento podía traerse al expediente al Presidente de la República y al Ministro de Hacienda, a quienes se atribuía la omisión reclamada, como tampoco podría pensarse que, en una acción dirigida contra una ley, debía llamarse al proceso al Presidente de la Asamblea Legislativa.

En posición que, como anticipábamos, despertó críticas en la doctrina costarricense¹⁰⁷⁹, la Sala advirtió que la acción se dirigía “contra una norma (o un acto) independientemente del titular del órgano que la (lo) dicte”, añadiendo que “*la acción de inconstitucionalidad es objetiva, la norma o el acto controlable tienen vida y eficacia propias; separables de su autor, pero el hecho de que en el encabezado de la acción (o hasta en la petitoria) se consigne que está dirigida contra el autor de la norma (acto) impugnada, no altera ese criterio, pues de oficio, como en este caso, la Sala le da el curso debido sin tener como partes o intervinientes a los funcionarios citados en el libelo*”.

c) Entregada a dilucidar el fondo del asunto, la Sala visualizó que para ambos deberes evocados por el impetrante la ley había señalado plazo al Poder Ejecutivo, al tiempo que el propósito explícito del legislador era, en momentos de dificultad financiera y fiscal para el país, obtener una racionalización del gasto público y evitar distorsiones en la economía.

La Sala estimó entonces que debía precisar si el Poder Ejecutivo podía decidir el cumplimiento o no de esos deberes. Al respecto, sostuvo que, como el legislador expresamente le impuso en la ley el deber de reglamentarla, se hizo ineludible para

1079 Ver ROJAS CHAVES, Magda Inés, op. cit., “Control de constitucionalidad por omisión”, p. 22; y HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional*, pp. 382-383.

el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Así, éste quedaba sujeto a la orden contenida en la ley, desapareciendo toda discrecionalidad en su favor.

El órgano sentenciante verificó aquí la existencia de una infracción constitucional en tanto el Poder Ejecutivo se apartó de lo ordenado, ya que en el particular tenía una doble sumisión: a la Constitución y a la ley.

Asimismo, constató la falta de una reglamentación comprensiva de la ley, lo que atribuyó a que el Poder Ejecutivo había seguido una conducta distinta de la mandada por el legislador y preferido reglamentar parcialmente o proponer nueva legislación con el fin de satisfacer parecidos propósitos a los de la Ley N° 6.955.

En ese sentido, concluyó el ente judicial que el Ejecutivo había sido *omiso* y que esa *omisión* entrañaba una violación a sus deberes constitucionalmente señalados. *In concreto*, la transgresión se producía respecto de los arts. 11 y 140, incs. 3° y 20, de la Constitución Política, según el siguiente detalle:

- Se violentaba el art. 11¹⁰⁸⁰, básicamente, ya que en él se consagraba el deber de legalidad de la administración pública y por virtud de su texto el Poder Ejecutivo no podía negarse a cumplir un mandato contenido en una ley debidamente promulgada, porque si no estaba de acuerdo con su texto, podría haber ejercido el veto que le reservaba la misma Constitución Política como una atribución propia y específica.
- Se infringía el inc. 3° del art. 140¹⁰⁸¹ porque el Poder Ejecutivo indebidamente se había negado a reglamentar en su totalidad la Ley N° 6.955.
- Se vulneraba el inc. 20 del mencionado art. 140¹⁰⁸² pues, aun aceptando que la ley no era la panacea para la solución de los problemas sociales, estaba vigente y quien primero debía dar ejemplo de fiel acatamiento a ella era el Poder Ejecutivo, en tanto en el caso era el sujeto directamente obligado por la norma.

d) En otro orden, ya desde la óptica estrictamente procesal constitucional, la Sala señaló que al no existir norma expresa cuando la acción de *inconstitucionalidad por*

1080 Cuyo texto vigente a la fecha del pronunciamiento rezaba: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”.

1081 Tal tramo de la cláusula dispone que “[s]on deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: [...] 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento”.

1082 En el señalado marco de deberes y atribuciones que corresponde conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno, la parcela del precepto señalada en el texto prescribe: “Cumplir los demás deberes y ejercer las otras atribuciones que le[s] confieren esta Constitución y las leyes”.

omisión se declaraba con lugar, optaría por aplicar analógicamente lo que consagraba el art. 49 de la LJC, en cuanto al *amparo por omisión*, de manera que otorgó al Poder Ejecutivo un plazo de dos (2) meses para que cumpliera lo dispuesto por los arts. 37 y 61 de la Ley N° 6.955.

e) En resumen, y a tenor de los arts. 49¹⁰⁸³; 73, inc. 'f'¹⁰⁸⁴; 90¹⁰⁸⁵ y ccdds. de la LJC, y por ser contraria a los arts. 11 y 140, incs. 3° y 20 de la Constitución, por mayoría¹⁰⁸⁶ la Sala declaró *inconstitucional la omisión del Poder Ejecutivo*, en la figura del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda, de reglamentar la Ley N° 6.955 como lo ordenaba el art. 61 de ésta, y de integrar las comisiones a que se refería el art. 37, *Ibid.*

A sus efectos, fijó —como vimos— al Poder Ejecutivo el plazo de dos (2) meses a partir de la notificación de dicha sentencia, para que cumpliera con el señalado deber constitucional.

B) Voto N° 7.403, de 16 de diciembre de 1994, Expte. N° 5.682-P-94

a) En el expediente citado tramitó la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por diez (10) diputados¹⁰⁸⁷ respecto del “Proyecto

1083 El citado art. 49 especifica el “Contenido y efectos de la sentencia afirmativa” del amparo. En su parte pertinente (párrafo 2°), dispone que “[s]i el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención”.

1084 Como adelantábamos, el art. 73, inc. 'f', establece que cabrá la acción de inconstitucionalidad, “[c]ontra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas”.

1085 Bajo el epígrafe de “Notificación de la sentencia. Publicación de avisos y otras comunicaciones”, el art. 90 determina:

“Cualquiera que sea la forma en que se dicte el fallo, se notificará siempre al Procurador General, al recurrente y a las partes que se hubieren apersonado. Además, la Secretaría de la Sala lo comunicará por nota a los funcionarios que conozcan del asunto principal y los de las demás partes apersonadas, para que lo hagan constar en los autos, y publicará por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial, en igual sentido.

“La declaración de inconstitucionalidad se comunicará además al Poder o Poderes, órganos o entidades que emitieron las normas o actos declarados, así como, en su caso, a los competentes para su corrección o conversión; además, deberá publicarse íntegramente en el Boletín Judicial, y reseñarse en el diario oficial ‘La Gaceta’ y en las publicaciones oficiales de los textos a que pertenecían la norma o normas anuladas”.

1086 Mediaron sendos salvamentos de voto de los magistrados Jorge Baudrit G. y Fernando del Castillo R., quienes coincidieron en mocionar el rechazo de la acción, cada cual con sus fundamentos.

1087 Debe advertirse que de conformidad con lo preceptuado en el introito del art. 96 de la LJC, por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los supuestos que tal norma determina.

Específicamente en su inc. 'b' y en lo que aquí interesa, establece que lo hará respecto de cualesquiera otros proyectos de ley (que no sean los del inc. 'a' del mismo artículo, en cuyo caso la consulta es “preceptiva”), o de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez (10) diputados.

de Ley de Implementación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”.

Los solicitantes consideraban que el art. 4 del proyecto de ley —según la Sala, en realidad era el art. 3— resultaba inconstitucional en tanto eliminaba los impuestos que gravaban la exportación de productos agropecuarios, excepto café, banano, carne y ganado vacuno, con lo que se afectaba la igualdad ante la ley protegida constitucionalmente, pues sólo unos productores tendrían que cubrir el pago de tributos de exportación.

Añadían —*inter alia*— que el propósito del proyecto de ley era ajustar la legislación interna ante la aprobación, ratificación y eficacia jurídica de los tratados resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, entre estos, el Anexo I-A del Acuerdo de Constitución de la Organización Mundial del Comercio, del que formaban parte otros complementarios, como el Acuerdo sobre Productos Agrícolas. Entre dichas obligaciones contraídas por el Estado costarricense no estaba la de eliminar los impuestos a las exportaciones de mercancías, sobre todo por el hecho de que, dentro de un ambiente de estímulo a la máxima competitividad, este instrumento fiscal no parecía ser el más apropiado, sino que por el contrario, constituía una carga local que podría beneficiar a los productores extranjeros.

b) Al analizar el planteo, la Sala efectuó algunas consideraciones tangenciales acerca del probable control de constitucionalidad sobre la omisión legislativa.

En efecto, manifestó que, con independencia de si la inconstitucionalidad alegada en uno u otro caso existiera, y si la hubiera, ésta ya existiría en el esquema impositivo vigente a la época del pronunciamiento, en el que coexistían los impuestos a la exportación que se eliminaban y los que se mantenían, con montos tan diversos como que el propio Estado reconocía que los exceptuados lo eran porque, por la importancia de su monto, incidirían muy gravemente en las finanzas públicas, mientras que los eliminados eran insignificantes, al punto que la recaudación de muchos de ellos tenía un mayor costo para el Estado que el ingreso que producían. Ello implicaría que, de ser inconstitucionales los impuestos no exceptuados, “*el Proyecto de ley consultado pecaría no por acción, sino por omisión: pues no sería inconstitucional que elimine los impuestos que elimina, sino que no elimine los que no elimina*”.

Pasó luego a manifestar que “*los vicios de omisión legislativa no son los que se producen al legislar, sino al no hacerlo, de manera que de existir alguna*

Vale aclarar que la consulta es *preceptiva* (y no *facultativa* como en la cuestión ventilada en el comentario al que se refiere el texto) cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, incluso las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

inconstitucionalidad, no lo sería del proyecto de ley, sino de la conducta, o mejor dicho, de la no actuación legislativa”.

Agregó que, desde ese punto de vista, el artículo de marras no merecería el reproche que se le hacía, sin perjuicio de que la Sala, al examinar las acciones de inconstitucionalidad en trámite ante la misma u otras que se interpusieran contra impuestos a la producción o exportación, determinara si esos impuestos eran constitucionales o no, lo mismo que, si se llegara a articular *una acción por la omisión legislativa* que se acusaba en el proyecto en cuestión, determinara si esa no actuación legislativa era o no violatoria del orden constitucional, señalando, en su caso, los remedios procedentes, todo lo cual excedía el ámbito de la consulta que absolvía.

c) En definitiva, evacuó la consulta concluyendo que no encontraba posibles vicios de inconstitucionalidad en los aspectos cuestionados del proyecto de ley (Expte. N° 12.049, “Ley de Implementación de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales”).

C) Voto N° 8.418, de 10 de diciembre de 1997, Expte. N° 7.566-E-97

a) Se examinó aquí el amparo interpuesto por la Asociación Sindical de Empleados Públicos Aduaneros, contra el Presidente de la República y el Ministro de Salud, y Trabajo y Seguridad Social, por el cual acusaba la omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar el art. 300 del Código de Trabajo¹⁰⁸⁸, reformado por la Ley N° 6.727, de 24 de marzo de 1982.

Concretamente, se trataba de la obligación del Poder Ejecutivo de reglamentar todo lo concerniente al funcionamiento y la organización de las oficinas o departamentos de salud ocupacional en los diferentes centros de trabajo del país.

Añadió la peticionaria que se trataba de una legislación muy importante, pues promovía la existencia de las dependencias indicadas, como modo de garantizar que las condiciones de los centros de trabajo fueran las más adecuadas, a través de todo un proceso de análisis de los orígenes de los riesgos laborales, así como de determinación de las medidas preventivas que aseguraran tanto a trabajadores como a patronos el desenvolvimiento de sus funciones en lugares seguros e higiénicos.

1088 Precepto que, según transcripción de la sentencia, reza:

“ Toda empresa que ocupe, permanentemente, más de cincuenta trabajadores está obligada a mantener una oficina o departamento de salud ocupacional.

“ Reglamentariamente y en consulta con el Consejo de Salud Ocupacional, se establecerán los requisitos de formación profesional que deben tener las personas encargadas de tal oficina o departamento, para lo cual se tomará en cuenta el número de trabajadores de la empresa, la actividad a la cual se dedica y la existencia de recursos humanos especializados en salud ocupacional en el mercado de trabajo”.

Por último, expuso que pese a la importancia de la normativa indicada y a que la misma estaba vigente desde 1982, el Poder Ejecutivo no había procedido a reglamentar el aludido art. 300 de la ley, que resultaba indispensable para poner en funcionamiento toda una organización tendiente a que en cada centro de trabajo operaran de manera eficaz e inmediata las Comisiones de Salud Ocupacional, como medios de resguardar y prevenir el acaecimiento de circunstancias que pusieran en riesgo a los trabajadores y patronos de un determinado centro laboral.

b) Luego de recabados los informes de rigor de los funcionarios pertinentes, la Sala analizó las constancias de la causa y el artículo del Código de Trabajo cuya falta de reglamentación por el Poder Ejecutivo se denunciaba, concluyendo que a pesar de que la ley estableció la necesidad de reglamentar esta materia, desde 1982 no se había procedido de conformidad, sino que más bien, tal y como informaba el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, se iniciaron los trámites correspondientes a la reglamentación, precisamente a raíz de la interposición del amparo que dio origen al proceso.

Por lo demás y para fundar el fallo admisorio del amparo en cuestión, reenvió a los conceptos centrales de la Sentencia N° 1.463-90, de 30 de octubre de 1990 (que reseñáramos *supra*), en la que se resolvió una acción de inconstitucionalidad contra la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público (N° 6.955, de 24 de febrero de 1984).

Finalmente, señaló que “[c]uando se requiere reglamentar una ley, el Poder Ejecutivo debe utilizar plazos razonables, todo con el fin de no perjudicar intereses de terceros, y cumplir con su obligación de regular materias que —como la laboral— son propias de la función social del Estado. *No se justifica en lo absoluto, y más bien resulta abusivo, que el Estado, en un plazo de quince años aún no haya procedido a realizar la reglamentación requerida por una ley*, sea cual sea el objeto de su regulación, pues si el legislador al crear la ley consideró necesaria su reglamentación, y ello fue aprobado por el Poder Ejecutivo, éste debe proceder como la misma ley prevé, de lo contrario estaría incumpliendo una obligación que él mismo aceptó adquirir”.

c) Como consecuencia de lo expresado, hizo lugar al recurso de amparo deducido y concedió al Poder Ejecutivo el plazo de un (1) mes para que cumpliera con la reglamentación requerida por el art. 300 del Código de Trabajo, condenando al Estado al pago de costas, daños y perjuicios ocasionados con los hechos que servían de base a la declaratoria, los que se liquidarían en ejecución de sentencia de lo contencioso-administrativo.

D) Resolución N° 2001-05420, de 20 de junio de 2001, Expte. N° 00-009101-0007-CO

a) En el proceso se ventilaba la acción de inconstitucionalidad promovida por tres estudiantes de Derecho de la Universidad Latina y por el Director de Consultorios Jurídicos de misma Universidad, contra los arts. 1¹⁰⁸⁹, 4¹⁰⁹⁰, 6¹⁰⁹¹ y 7¹⁰⁹² de la Ley N° 4.575 (Ley de Consultorios Jurídicos, de 7 de junio de 1971), reformada por la Ley N° 6.369 de 5 de septiembre de 1979.

Alegaban que la impugnación de dichas normas obedecía a que las mismas limitaban la libertad de las personas de escasos recursos económicos de elegir dónde acudir a resolver sus conflictos jurídicos, ya que le otorgaban la facultad exclusiva a la Universidad de Costa Rica y no se hacía mención a otros consultorios jurídicos, ya existentes al momento del planteo de la acción (27 de octubre de 2000) y que prestaban el mismo servicio.

Aludían, además y entre otras apreciaciones, a que la asesoría tenía un sentido socioeconómico dirigido a un sector claramente determinado por el legislador, pero que por una *omisión en la previsión de las normas cuestionadas dejó excluida la posibilidad de que otros consultorios jurídicos pudieran intervenir*, violentando así la obligación del Estado a un estímulo de la educación pública y privada.

Para sustentar la legitimación que esgrimían para promover la acción señalaron que ella surgía del párrafo 2° del art. 75¹⁰⁹³ de la LJC. Al efecto, indicaron que al

1089 Artículo que determinaba: “Las personas que, por el monto de sus ingresos anuales no estén obligadas a presentar declaración, según establezca la Ley del Impuesto sobre la Renta, tendrán derecho a obtener servicios gratuitos de abogacía y notariado en los consultorios jurídicos que ha establecido y establezca la Universidad de Costa Rica, de acuerdo con las reglamentación que al efecto se dicte”.

1090 Que preveía: “Los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica que, conforme al reglamento respectivo, estuvieren asistiendo a un consultorio jurídico, podrán comparecer a las diligencias de prueba y debates de los juicios de cualquier clase, que estén a su cargo y representar allí a la parte cuyos intereses defiende el consultorio. Actuarán con las mismas atribuciones del Director del Consultorio a quien la parte le haya otorgado poder o designado abogado defensor. Los estudiantes acreditarán su carácter, con certificación extendida por el Director del Consultorio, bajo su responsabilidad. El documento será extendido para cada juicio y podrá ser revocado en cualquier momento por el Director”.

1091 Esa disposición preceptuaba: “La Universidad de Costa Rica reglamentará esta ley, en la forma que lo considere conveniente, tomando en cuenta, fundamentalmente, la extensión social y la gratuidad del servicio, así como la formación profesional de los estudiantes”.

1092 Dicha cláusula consagraba que: “Las entidades públicas y privadas podrán destinar partidas de sus presupuestos para financiar el funcionamiento de los programas de la Facultad de Derecho, las cuales serán deducibles del Impuesto sobre la Renta. Cuando tales partidas se destinen a la creación de nuevos consultorios o programas de trabajo comunal, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica determinará la posibilidad y oportunidad de esa creación”.

1093 Ese tramo del art. 75 (párrafo 2°) disponía que, para articular la acción de inconstitucionalidad “[n]o será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto

restringirse los beneficios que otorgaba la Ley de Consultorios Jurídicos exclusivamente a los consultorios jurídicos de la Universidad de Costa Rica, se estaba afectando un interés colectivo, el que debía entenderse como un interés general que atañía a todos los estudiantes de Derecho de universidades públicas y privadas, de tener acceso a una educación integral que les permitiera desarrollar tanto los conocimientos teóricos como los prácticos de una forma acorde con las exigencias de una buena formación profesional, situación que no era posible ya que la ley en cuestión sólo amparaba a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

b) Rendido el informe de la Procuraduría General de la República y admitida la presentación en carácter de coadyuvante pasivo del Presidente de la Asociación de Estudiantes de la Universidad de Costa Rica, la Sala pasó a examinar la cuestión ventilada en la causa.

Con criterio aperturista, juzgó que los accionantes ostentaban suficiente legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad en los términos del nombrado art. 75, párrafo 2º, de la LJC, el que —evocamos una vez más— prescribe que “[n]o será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Para sustentar tal óptica, la Sala explicó que de darse la supuesta violación que se acusaba, se estaría afectando un interés que involucraría a la colectividad en su conjunto, entendida como todos los estudiantes de Derecho de universidades públicas y privadas, de tener acceso a una educación integral que les permitiera desarrollar tanto los conocimientos teóricos como los prácticos de una forma acorde con las exigencias de una buena formación profesional.

Anticipamos que si bien denegó la acción y por tanto ponderó que no existía omisión inconstitucional (relativa, en el caso), sometió a las normas objetadas a una suerte de interpretación conforme a la Constitución pero *hizo extensivas* las previsiones contenidas en ésta a otras situaciones que no quedaban capturadas por la literalidad de aquellas.

En primer lugar, analizó el contexto histórico de creación de la Ley N° 4.575, poniendo de manifiesto que en 1967 la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica había establecido el servicio de consultorios jurídicos como una forma

no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto”.

Para comprender el alcance del precepto invocado, debe recordarse que en el párrafo 1º del mismo se establecía como requisito para la deducción de tal acción “que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado”.

de extensión a la comunidad, con un doble propósito, dar al estudiante enseñanza gratuita y cumplir con el deber de solidaridad social.

Añadió que el mismo fue constituido mediante la Ley N° 4.575, que luego —en 1979— fue modificada por la Ley N° 6.369, haciendo referencia exclusiva a la Universidad de Costa Rica porque a ese momento era la única casa de enseñanza de Derecho —pública— existente.

Entendió, asimismo, que la ley que se cuestionaba “más que otorgar un privilegio a la Universidad de Costa Rica, le impone una obligación de prestar el servicio de consultorios jurídicos tomando en cuenta principalmente la extensión social y la gratuidad del servicio”.

Tampoco encontró el Tribunal que del texto de la ley objetada se desprendiera la prohibición de prestar ese servicio por parte de cualquier institución de enseñanza superior distinta de la Universidad de Costa Rica, sólo que al no estar regulada expresamente en esa ley ni en otra, la prestación del servicio a que se hacía referencia era facultativa y quedaría a criterio de cada casa de enseñanza superior determinar si lo realizaría o no.

Finalmente, su razonamiento puede condensarse —del modo más acotado posible— como sigue:

- Si bien por las condiciones históricas indicadas¹⁰⁹⁴ la ley cuestionada hizo referencia sólo al campo legal de los consultorios jurídicos establecidos para la Universidad de Costa Rica, al no existir ninguna norma expresa que lo impidiera, las ventajas académicas y profesionales que poseían los estudiantes de la Universidad de Costa Rica se debían entender *de manera extensiva* para todo estudiante de Derecho de cualquier otra universidad nacional, pública o privada.
- Igualmente, debía ser entendida *de manera extensiva* la función consultiva y de asesoría jurídica que podían llevar todas las universidades públicas o privadas por medio de los consultorios jurídicos, pues para ello no existía limitación alguna en

1094 Previamente, la Sala había mencionado que los centros de enseñanza privados no tenían en 1979 la presencia que ostentaban a la fecha de la sentencia y que la idea de implementar los consultorios jurídicos fue gestada por jerarcas de la Universidad de Costa Rica, aunado al hecho de que para el momento de promulgación de la Ley N° 4.775 la carrera de Derecho era impartida en esa Universidad en exclusiva y, para la época de su reforma integral introducida por la Ley N° 6.369 (precisamente en 1979), la única universidad privada que existía en Costa Rica era la Universidad Autónoma de Centroamérica, a la cual pertenecía la Escuela Libre de Derecho. Tal situación explicaba en parte por qué el legislador tomó en consideración únicamente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica para obligarle a dar el servicio de consultorios jurídicos a favor de personas de limitados recursos económicos.

la práctica ya que, ante todo, debía tomarse en cuenta que esa tarea tenía como fin último prestar un significativo servicio social.

- En cambio, las ventajas económicas y de exoneración fiscal fueron dispuestas de manera exclusiva para la Universidad de Costa Rica porque así lo estableció el legislador y ello no resultaba contrario al derecho de la Constitución¹⁰⁹⁵.
- Y la ley parcialmente cuestionada era una manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho en el plano de la política legislativa, a propósito del derecho de acceso a la justicia y de defensa, en la medida en que buscaba posibilitar que sectores económicamente débiles pudieran ejercer esos derechos. Así, ni la posibilidad otorgada a los estudiantes por el art. 4 de la ley cuestionada, ni la potestad dada a la Universidad en su art. 6, o el incentivo creado por el art. 7, *Ibid.*, podían verse como lesivos del principio de igualdad garantizado en el artículo 33¹⁰⁹⁶ constitucional, pues aquellas normas no creaban una situación de privilegio, ni a favor de los estudiantes de Derecho, ni a favor de la Universidad de Costa Rica, sino que se trataba de una forma de hacer operativa la prestación del servicio a que estaba obligada la Universidad por disposición de la propia ley.

En resumen, y mediante una sentencia *interpretativa*, razonó que los preceptos objetados tenían como fin cumplir con el principio de solidaridad social y no eran inconstitucionales; aunado a ello, nada impedía que las universidades privadas

1095 De la lectura del resumen final que realiza la Sala no queda claro si la conclusión que ensaya respecto del tema de los *beneficios económicos y exenciones fiscales* deriva cabalmente de la fundamentación que previamente aporta para sustentar dicha aserción final.

En efecto, si bien en la parte conclusiva afirma que “[l]as ventajas económicas y de exoneración fiscal, son dispuestas de manera exclusiva para la Universidad de Costa [Rica] porque así lo estableció el legislador y ello no resulta contrario al derecho de la Constitución”, de la lectura de los fundamentos sobre los que se asentaría tal premisa surge que ésta no sería totalmente consistente con aquellos.

Es que, en puridad, pareciera que la Sala no ha argumentado acerca de la constitucionalidad de las *ventajas económicas* proporcionadas en exclusiva a la Universidad de Costa Rica, ya que sólo se ha limitado a explicar que “la norma cuestionada, en forma expresa, otorga un incentivo a las entidades públicas o privadas, para que con su aporte puedan contribuir y ayudar a la Universidad de Costa Rica, centro de enseñanza superior, de carácter público, a cumplir con la obligación impuesta en la misma ley”.

A su tiempo, y en torno de la *exención tributaria*, solamente dijo que ella se daba atendiendo a criterios de oportunidad y conveniencia legislativa, en ejercicio de las facultades que le otorgaba el art. 121, inc. 13, de la Constitución, “a cuyo tenor corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa, sobre la cual este Tribunal no podría invadir” (*sic*). En cualquier caso, parece que la Sala se habría circunscrito únicamente a justificar que la determinación de aquella exención entrañaba una facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa insusceptible de ser controlada por la propia Sala (so riesgo de ingresar a una esfera propia del legislador), lo que es distinto de manifestar que en sí misma la exención era constitucional, pues esto último supone precisamente que en momento previo se ha llevado a cabo la fiscalización constitucional de la labor que el legislador realizó al respecto.

1096 El mencionado precepto constitucional consagra la igualdad de toda persona ante la ley y la prohibición de discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

contemplaran en los programas de las respectivas carreras de Derecho cursos que cumplieran esa misma función.

Sobre tal base argumental, declaró sin lugar la acción, “*siempre que las normas cuestionadas se interpreten en la forma en que se señala en esta sentencia*”.

3. Sentencias N^{os.} 3.435-92 y 1.633-96

A) Sentencia N^o 3.435, de 11 de noviembre de 1992

a) En el particular se tramitaba un recurso de amparo planteado por el Sr. R.F.W. contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil.

Alegaba el solicitante que en fecha 14 de septiembre de 1984 contrajo matrimonio con una ciudadana costarricense, con quien había procreado dos hijos y que el 19 de julio de 1991 presentó ante el Registro Civil la solicitud para optar por la naturalización sin obtener respuesta. El Director recurrido manifestó en su informe que la solicitud fue recibida el 29 y no el 19 de julio como indicaba el peticionario y que el 6 de noviembre de 1991 se le había denegado la gestión formulada por no aplicarse al caso concreto lo dispuesto por el art. 14, inc. 5^o, de la Constitución, criterio que fue mantenido por la Jefatura de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil.

Cabe recordar que el artículo 14 constitucional (en la redacción vigente al momento de la sentencia que comentamos) determinaba quiénes eran “costarricenses por naturalización”, incluyendo específicamente en una de las hipótesis a la “[l]a *mujer extranjera* que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense” (cfr. inc. 5^o).

b) Así las cosas, la Sala Constitucional identificó el foco del problema por dirimir, entendiendo que centralmente se alegaba la violación del derecho a la igualdad mediante discriminación por razones de sexo y que, en consecuencia, era imperativo analizar el caso concreto a la luz de las disposiciones constitucionales y de las normas internacionales rectoras de la materia.

En ese sentido, examinó diversas disposiciones relativas al principio de igualdad en la Constitución (arts. 33¹⁰⁹⁷ y 48¹⁰⁹⁸) y en distintos instrumentos

1097 Como vimos, derecho a la igualdad y prohibición de discriminación.

1098 Que expresa: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad

internacionales sobre derechos humanos, a saber: la DUDH, la DADDH, el PIDCP y la CADH.

Luego de revisar el catálogo normativo nacional e internacional, sostuvo que de conformidad con él, era incuestionable que el inc. 5° del art. 14 de la Constitución contenía una disposición que resultaba inaplicable por ser contraria a los valores fundamentales de la propia Carta magna en cuanto a la igualdad jurídica y su complemento de no discriminación, tutelados con igual trascendencia por las normas internacionales, cuyo efecto *erga omnes* era de vigencia y acatamiento obligados en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del art. 48 de la Constitución.

Avanzando en su razonamiento, consideró que la simple comparación de las normas señaladas con la contenida en el art. 14, inc. 5°, de la Constitución, demostraba que el beneficio concedido exclusivamente a la “mujer extranjera casada con costarricense” constituía *una discriminación en perjuicio del hombre extranjero casado con una ciudadana costarricense*, contra quien creaba artificialmente una desventaja pues le sustruía beneficios por razones de género, contraviniendo con ello el espíritu constitucional y universal de igualdad y no discriminación.

Asimismo, estimó que la desigualdad que hería los intereses del recurrente no era “una simple diferenciación ‘razonable y objetiva’, sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido”.

De tal manera, y en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que la Constitución otorgaba (y otorga) a la Sala, ésta dispuso que “*cuando en la legislación se utilicen los términos ‘hombre’ o ‘mujer’, deberán entenderse como sinónimos del vocablo ‘persona’, y con ello eliminar toda posible discriminación ‘legal’ por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados*”.

y su integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República”.

c) En consecuencia, admitió el recurso de amparo y, consiguientemente, dispuso que el peticionante debía ser inscrito como costarricense si satisfacía los demás requisitos constitucionales y legales para la naturalización privilegiada del extranjero que se casase con costarricense, sin distinción de género.

Por lo demás, condenó al Estado al pago de las costas, los daños y perjuicios que se liquidarían, en su caso, en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso-administrativo.

B) Sentencia N° 1.633, de 10 de abril de 1996

a) Una cuestión que exhibe algún grado de conexidad con la descrita en el caso anterior (y que por tanto será sólo objeto de una acotada referencia) se abordó en la causa que dio lugar a la sentencia respecto de la que da cuenta el presente epígrafe.

Aquí se juzgaba el recurso de amparo articulado por el Sr. R.J.M.G., nicaragüense, contra la Dirección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil y el Ministro de Educación Pública.

El impetrante manifestó que había ingresado a Costa Rica el 4 de mayo de 1983, desempeñándose desde ese momento como carnicero especializado en cortes para exportación, trabajando para distintas empresas. Relató también que el 5 de octubre de 1985 contrajo matrimonio con una costarricense y que de esa unión nacieron dos hijas. Sobre tal base fáctica, el 6 de julio de 1995 solicitó ante la Dirección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil la correspondiente naturalización por matrimonio con costarricense, respecto de la cual, además del cumplimiento de todos los requisitos se le exigía un examen de bachillerato por madurez en español y estudios sociales, recaudo que de no ser cumplido, obstaría al otorgamiento de la nacionalidad costarricense.

b) Básicamente, entonces, el problema medular para la Sala consistía en discernir si a quienes peticionaban la concesión de la naturalización en función de alguna de las situaciones contenidas en el artículo 14 constitucional (en el caso, se trataba de la volcada en su inc. 5°) se les debía exigir además el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 15, *Ibid.*, esto es, “acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español, someterse a un examen comprensivo de la historia del país y sus valores, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República”.

Enfrentándose al conflicto jurídico que debía dilucidar, la Sala verbalizó que recurriría a una *sentencia interpretativa* (tal como expresó lo había efectuado en la

Resolución N° 87, de 5 de enero de 1996) y, luego de remitir a la hermenéutica del inc. 5° del artículo 14 constitucional que plasmó en la Sentencia N° 3.435, de 11 de noviembre de 1992, entendió que la Constitución no pretendía aplicar el beneficio del inc. 5° únicamente a las personas extranjeras casadas con costarricenses que hablasen, escribiesen, o leyesen el idioma español, excluyendo de esta vía de acceso a la nacionalidad a quienes no supiesen hacer tal cosa o no pudiesen hacerlo a satisfacción de la Administración.

Agregó que pensar de otro modo supondría situar a la Constitución en el papel de instrumento que castiga la diversidad cultural en medio de un contexto en que lo que se persigue es fortalecer los lazos intrafamiliares y facilitar la integración de sus miembros a la comunidad nacional, de modo que todos ellos gozaran del mínimo de amparo jurídico que les daba la nacionalidad.

c) Consecuentemente, en el marco de los alcances de la sentencia interpretativa emitida, concluyó —por mayoría¹⁰⁹⁹— que no resultaba aplicable al supuesto del inc. 5° del art. 14 de la Constitución, lo dispuesto en el art. 15, *Ibid.*; además, determinó que para el caso del inc. 5°, los requisitos que válidamente podía exigir la Administración eran los que éste mismo establecía.

Fue así como admitió el recurso y condenó al Estado al pago de las costas y de los daños y perjuicios causados, que se liquidarían en ejecución de sentencia en la vía contencioso-administrativa.

4. Sentencia N° 5.649, de 11 de mayo de 2005, y otras posteriores

A) Se trata de un fallo *aperturista* emitido en Expte. N° 04-008653-0007-CO, el 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano.

En ella, superando una *visión anterior reacia de plano a controlar las omisiones legislativas* (pues circunscribía el control a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado declaró inconstitucional *la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa* en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los arts. 105 y 123 mediante Ley N° 8.281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un (1) año

1099 Separándose de la mayoría y pugnando por el rechazo del recurso, salvó su voto la magistrada Ana Virginia Calzada.

siguiente a la publicación de ésta —el cual había vencido el 20 de junio de 2003— las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley.

Además y luego de *declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis (6) meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que dictara las referidas leyes.*

En resumen y con motivo de este fallo, finalmente la Asamblea Legislativa sancionó la Ley N° 8.492, de 9 de marzo de 2006, reglamentaria de aquellos institutos de participación ciudadana.

B) Sin perjuicio de la apertura jurisprudencial que produjo el citado fallo, la Sala comenzó luego a replegarse tal como testimonian, por ejemplo, las Sentencias N°s. 2005-10382, 2005-14522, 2006-3238, 2006-12017, 2007-15831, 2007-011158, 2008-1739 y 2013-10878.

Por razones de brevedad, de todas éstas sólo nos detendremos brevemente en las N°s. 2005-10382, de 10 de agosto de 2005 (Expte. N° 04-003324-0007-CO), y 2013-10878, de 14 de agosto de 2013 (Expte. N° 10-004478-0007-CO).

En ambos casos la Sala declaró por mayoría *sin lugar* (en el primero con voto salvado de un magistrado¹¹⁰⁰ y en el segundo con voto salvado de tres magistrados¹¹⁰¹) *el planteo de omisión legislativa en desarrollar el art. 170 de la Constitución referido a la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las municipalidades.*

En el primer asunto, se trataba de una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de la omisión de la Asamblea Legislativa de cumplir con lo ordenado en la Ley N° 8.106¹¹⁰² de 3 de julio de 2001, que reformó el citado artículo constitucional, para dotar a las municipalidades de recursos provenientes del Presupuesto Ordinario de la República.

En el segundo se solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Legislativa de promulgar la ley que determinará las competencias que se trasladarían del Poder Ejecutivo a las corporaciones municipales, así como las leyes especiales que disponen la distribución de los recursos conforme lo establecido por la reforma parcial al artículo 170 constitucional.

El tema central debatido, común a ambas resoluciones, es de gran importancia porque involucra la necesaria actividad legisferante para dar operatividad al mandato

1100 El magistrado Ernesto Jinesta.

1101 Se trata de los magistrados Ernesto Jinesta, Fernando Cruz y José Paulino Hernández.

1102 Publicada en el *Diario Oficial La Gaceta*, N° 132, de 10 de julio de 2001, que entró en vigor el 10 de julio de 2002.

constitucional (parcialmente modificado por la nombrada Ley N° 8.106) y cumplir así los objetivos de optimizar el proceso de descentralización territorial y fortalecer el sistema municipal.

De hecho, tal cuestión se dejó claramente asentada en los respectivos votos salvados del primer y el segundo pronunciamientos, manifestándose lo siguiente: “El hito fundamental en el reforzamiento del régimen municipal y la descentralización territorial, junto con los valores y principios constitucionales que encarna tales como una mayor democratización, participación política y administrativa directas y acercamiento de los aparatos administrativos a las necesidades de cada comunidad, lo representa la reforma parcial al numeral 170 de la Constitución producida por la Ley N° 8.106 del 3 de junio del 2001. Esa modificación introducida por el Poder reformador tiene como aspiración única obtener una descentralización territorial efectiva y plena, mediante la transferencia y dotación de recursos humanos, materiales, financieros y técnicos de la administración central a las corporaciones municipales, estableciéndose un egreso atado del Presupuesto Ordinario de la República, a favor de éstas. En esencia, la reforma parcial pretende un régimen municipal fuerte, sano y autónomo, que permita hacer efectivos los valores y principios constitucionales antes enunciados. El Poder reformador optó, entonces, por fortalecer a los entes territoriales y empoderarlos para que cumplan eficiente y eficazmente sus cometidos y fines, dejando atrás el lastre y las reminiscencias de un régimen fuertemente centralizado y claramente antidemocrático”.

5. Sentencia N° 11.352, de 29 de junio de 2010

Cerraremos este señalamiento jurisprudencial con el presente pronunciamiento¹¹⁰³, recaído en Expte. N° 10-000477-0007-CO.

Se trata de un decisorio relevante puesto que, por vía de acción de inconstitucionalidad, la Sala *fiscaliza la omisión del poder de enmienda o reformador* de no haber promovido una modificación constitucional para incluir la infracción del deber de probidad por los diputados de la Asamblea Legislativa como causal de pérdida de credenciales.

Ello en función de las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 8.557¹¹⁰⁴ de 29 de noviembre de 2006, y la

1103 Recibió un voto salvado de los magistrados Gilbert Armijo y Aracelly Pacheco y una nota de los magistrados Ana Virginia Calzada y Fernando Cruz.

1104 Publicada en *La Gaceta*, N° 242, de 18 de diciembre de 2006.

Convención Interamericana contra la Corrupción¹¹⁰⁵, aprobada por Ley N° 7.670 de 17 de abril de 1997¹¹⁰⁶. A criterio de la Sala, en la posición mayoritaria, tales instrumentos internacionales suponen para el Estado de Costa Rica *la obligación internacional de tomar medidas legislativas concretas*.

Para una mejor comprensión del tema, es significativo traer a colación las siguientes prescripciones de la LJC en la materia:

- En su art. 1 atribuye a la Sala, “el objeto de *garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República*, su uniforme interpretación y aplicación”.
- Y en el art. 73, incs. ‘d’ y ‘f’, especifica que la acción de inconstitucionalidad procede, respectivamente, “cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, *por oponerse a un tratado público o convenio internacional*” y “*contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas*”.

El asunto examinado se conecta con la *omisión inconventional del poder reformador*, que por supuesto e *inter alia* está sujeto a límites y condicionamientos surgidos del derecho internacional convencional, en cuanto al punto que particularmente nos interesa resaltar aquí.

La Sala deja en claro que el derecho internacional impone a Costa Rica *el deber de garantizar el principio de probidad en el ejercicio de la función pública*, pero que a causa de una *omisión constitucional* —para nosotros, preterición también anticonventional—, “a los diputados no se les puede sancionar cuando, en el ejercicio de su cargo, violan dicho principio; a diferencia de lo que ocurre con todos los otros funcionarios públicos, quienes sí están sujetos a sanciones específicas”, todo lo que constituye un claro incumplimiento de una obligación impuesta por los tratados internacionales.

En definitiva y por mayoría, la Sala emitió una *sentencia estimatoria exhortativa* y declaró parcialmente con lugar la acción contra el art. 262 del Código Electoral¹¹⁰⁷

1105 Publicada en *La Gaceta*, N° 80, de 28 de abril de 1997.

1106 Sin perjuicio, ya en el ámbito interno, de la normativa contenida en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8.422, de 6 de octubre de 2004 (publicada en *La Gaceta*, N° 212, de 29 de octubre de 2004).

1107 Tal norma dispone:

“El TSE cancelará o anulará las credenciales del presidente, los vicepresidentes de la República y de los Diputados(as) a la Asamblea Legislativa, únicamente por las causales establecidas en la Constitución Política, sin perjuicio de lo que establece el artículo 68 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

(referente a la cancelación de credenciales de los miembros de los supremos poderes), anulando por inconstitucional la frase que indica “sin perjuicio de lo que establece el artículo 68 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República”, *dándole un plazo de treinta y seis (36) meses a la Asamblea Legislativa para que dicte la reforma parcial a la Constitución Política y la enmienda a su Reglamento, en orden a incorporar como causal de pérdida de credencial de los diputados, las faltas al deber de probidad, así como el establecimiento de otras sanciones administrativas que no impliquen esa cancelación, cuando los diputados cometan faltas a los deberes ético-funcionariales.*

IV. Observaciones finales

A partir del empalme de algunas observaciones que surgen del recorrido jurisprudencial y de determinados aportes doctrinarios, es posible trazar ciertas líneas preliminares sobre el escenario en el que se ha desarrollado el control sobre las omisiones inconstitucionales en el derecho costarricense y arriesgar una apreciación sobre su prospectiva ideal, es decir, lo que creemos *debería ser*.

1. En primer lugar, cabe observar que la formación de un modelo teórico de control sobre las preterisiones inconstitucionales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional no es un fenómeno definitivamente consolidado, sino que parece estar aún *in fieri*.

En ese sentido, el número de causas específicas que se verifica dentro del material jurisprudencial no es muy nutrido cuantitativamente, percibiéndose que la Sala ha centrado principalmente su punto de mira en las omisiones inconstitucionales *administrativas*, siendo reducida la labor jurisdiccional directa y concreta sobre las pretericiones inconstitucionales *legislativas*, una de cuyas muestras principales está dada por la Sentencia N° 2005-05649.

Incluso una interpretación literal de alguna apreciación de la Sala —vertida, es cierto, a modo de *obiter dicta* en una de las causas por supuesto anteriores al decisivo

“Salvo que se solicite por renuncia, cuando se inste la cancelación de credenciales del presidente, vicepresidentes o Diputados(as), el Tribunal se concretará a valorar la admisibilidad de la denuncia. “En el caso que no proceda rechazar, de plano, la denuncia ni acordar su archivo, se designará como magistrado instructor a uno de sus integrantes para que realice una investigación preliminar, sin que para tal efecto se pronuncie sobre el fondo del asunto. Una vez realizada la investigación preliminar, el Tribunal podrá ordenar que la denuncia se archive; de lo contrario, trasladará el expediente a la Asamblea Legislativa para que se decida sobre el levantamiento de la inmunidad. Si el titular de la credencial renuncia a la inmunidad para someterse voluntariamente al procedimiento, el Tribunal resolverá según corresponda.

“Si la Asamblea Legislativa acuerda el levantamiento de la inmunidad, lo comunicará al TSE, para que decida lo que corresponda”.

mencionado en último término— podría haber hecho presumir en aquella una posición radicalmente refractaria a la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad respecto de la variante tipológica de las omisiones inconstitucionales legislativas *relativas o parciales*. Así, en el Voto N° 7.403-94 sostuvo que “*los vicios de omisión legislativa no son los que se producen al legislar, sino al no hacerlo*, de manera que de existir alguna inconstitucionalidad, no lo sería del proyecto de ley, sino de la conducta, o mejor dicho, de la no actuación legislativa”.

Como puede suponerse, de tal aserto no cabría inferir un criterio *oficial* al respecto pues éste se desvanecería *vis-à-vis* la impronta preceptiva del art. 73, inc. ‘a’, de la LJC (que institucionaliza la *omisión inconstitucional relativa o parcial*), sino que sólo se ha traído a colación como una simple especulación para marcar la presencia de algunos preconceptos y lineamientos que deben superarse definitivamente por razones de seguridad jurídica, predictibilidad y para evitar confusiones a la hora de plantear y resolver las acciones de inconstitucionalidad por omisión.

Por ende, sería aconsejable que la Sala se entregase a diagramar paulatinamente ciertos estándares jurisprudenciales que permitan perfilar claramente los rasgos tipificadores, sobre todo del control respecto de las omisiones inconstitucionales legislativas y los alcances que tendrán las sentencias estimatorias al respecto, es decir, especificar qué implica y qué viene después de la declaración de la pretermisión inconstitucional legislativa: ¿Mera constatación? ¿Recomendaciones al legislador? ¿Fijación de un plazo? ¿Determinación de apercibimientos para el supuesto de incumplimiento del órgano inconstitucionalmente inoperante? ¿Asunción *per se* de la solución correctiva de la inercia anticonstitucional?

2. Con algún punto de convergencia con lo que venimos puntualizando, obviamente antes del dictado de la Sentencia N° 2005-05649, HERNÁNDEZ VALLE indicaba que la veta más importante de la omisión legislativa se encontraba inexplorada por la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, llegando incluso a precisar que se habían presentado algunos casos, pero invariablemente la Sala no conoció de ellos y los desechó sin hacer siquiera mención en absoluto a la omisión legislativa¹¹⁰⁸.

Añade que dos son los campos en que el instituto puede tener una rica aplicación jurisdiccional cuando se trate de omisiones legislativas parciales: las violaciones del principio de igualdad y de la garantía de irretroactividad de los actos públicos¹¹⁰⁹.

1108 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, op. cit., “Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales”, p. 182.

1109 Ídem.

Pasa a desarrollar su argumentación diciendo que frecuentemente ocurre que el legislador otorga beneficios a una determinada categoría de personas, pero omite brindarle el mismo trato a otras ubicadas en la misma situación de hecho, por ejemplo, cuando una ley concede un incentivo laboral a los ingenieros agrónomos del Ministerio de Agricultura, pero guarda silencio respecto de los profesionales de la misma especialidad que prestan iguales servicios para otras instituciones del sector agrícola; es decir, que en aquel supuesto la norma promulgada establece una verdadera discriminación, por omisión, entre sujetos ubicados en la misma situación de hecho¹¹¹⁰. Entiende tal autor que en estos casos los discriminados estarían legitimados para plantear una acción de inconstitucionalidad por omisión basada en la violación del principio de igualdad ante la ley¹¹¹¹.

La segunda hipótesis del doctrinario glosado se presenta —como tuvimos ocasión de adelantar— cuando una ley omite incluir un capítulo de Disposiciones Transitorias con el fin de salvaguardar los derechos adquiridos al amparo de la legislación derogada, por ejemplo, cuando una ley introduce la prohibición de que operen válidamente los casinos a partir de su promulgación, sin establecer concomitantemente regulación alguna en relación con los ya existentes¹¹¹². En un supuesto de tal naturaleza, los propietarios de los casinos afectados con la nueva normativa estarían legitimados para incoar una acción de inconstitucionalidad por omisión contra la nueva ley, basados en que ésta viola sus derechos patrimoniales adquiridos¹¹¹³.

Más allá de que se trata de (válidos) ejemplos sobre algunas de las variantes que puede asumir fundamentalmente el control ejercitable sobre las pretericiones inconstitucionales legislativas parciales o relativas, creemos que el valor agregado de la autorizada percepción autoral citada radica en que se encaramaba como una voz de alerta en la que subyacía la necesidad de que la Sala, sin abandonar la prudencia y la cautela propias de la tarea jurisdiccional para no invadir esferas de acción específicas de otros poderes del Estado, se animara a explorar más profundamente uno de los pliegues más incómodos de la labor de control de constitucionalidad.

Nos referimos a *la fiscalización de la omisión total de emitir una determinada normativa impuesta constitucionalmente o el control de la omisión dimanante de un desarrollo deficitario del legislador al desplegar sus labores legisferantes propias violando, v. gr., el principio de igualdad o dispensando una regulación incompleta que conduzca a*

1110 Ídem.

1111 Ídem.

1112 *Ibid.*, pp. 182-183.

1113 *Ibid.*, p. 183.

una cierta ineficacia del precepto constitucional. O sea, respectivamente, las hipótesis de pretericiones legislativas absolutas y de las relativas.

Y, justamente, unos años después de las palabras del autor mencionado, la Sala se animó a dar ese paso, al dictar ante una omisión legislativa inconstitucional absoluta la varias veces aludida Sentencia N° 2005-05649.

3. Sin perjuicio de lo dicho, el recorrido por ciertos fallos de la Sala sobre algunas cuestiones directa o indirectamente vinculadas con el control de las omisiones inconstitucionales (básicamente administrativas), incluso anteriores a la multicitada sentencia, ya dejaba al descubierto ciertos trazos plausibles por parte de aquella. Veamos:

- En una de las causas analizadas, ante la inexistencia de norma expresa que determinara el modo de operar cuando la acción de inconstitucionalidad por omisión fuera acogida estimatoriamente, acudió a la vía analógica del art. 49 de la LJC¹¹¹⁴, en relación con el amparo por omisión y, de tal modo, constatada la omisión administrativa inconstitucional, fijó un plazo de dos (2) meses para que el Poder Ejecutivo cumpliera lo dispuesto por los arts. 37 y 61 de la Ley N° 6.955 (cfr. Sentencia N° 1.463-90), lo que —en perspectiva comparatista— de algún modo acerca esta respuesta de la Sala a lo previsto constitucionalmente por el ordenamiento de Brasil en punto al temperamento que debe adoptar el STF cuando constata la pretermisión y el incumpliente es un órgano administrativo.
- En otro caso, aunque se había planteado directamente un recurso de amparo y no una acción de inconstitucionalidad por omisión, también estimó el recurso e impuso al Poder Ejecutivo el plazo de un (1) mes para que cumpliera con la reglamentación requerida por el art. 300 del Código de Trabajo, condenando al Estado al pago de costas, daños y perjuicios ocasionados (cfr. Sentencia N° 8.418-97, en la que empleó vertebralmente la fundamentación que diera cuerpo a la aludida Sentencia N° 1.463-90).
- Por último y pese a denegar *explícita aunque condicionadamente* la acción de inconstitucionalidad que concluyó con el dictado de la Sentencia N° 2001-05420, creemos que *de modo indirecto* terminó acogiendo buena parte de las pretensiones de los actores, pues concretó una útil *interpretación extensiva* de las ventajas académicas y profesionales que poseían los estudiantes de la Universidad de Costa Rica, proyectándolas hacia todo estudiante de Derecho

1114 Lo que se explica por la proximidad fisonómica de ambos mecanismos de control —amparo y acción de inconstitucionalidad por omisión— contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas (cfr. arts. 29, 49 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

de cualquier otra universidad nacional, pública o privada. Asimismo, hizo lo propio en torno a la función consultiva y de asesoría jurídica que aquella casa de estudios realizaba, determinando que tales funciones podían llevarse a cabo en todas las universidades públicas o privadas por medio de los consultorios jurídicos. Aunque el camino escogido por la Sala haya sido elíptico, podría postularse que el resultado de la Sentencia *supuso la corrección de una suerte de omisión legislativa relativa en la aplicación de la ley puesta en tela de juicio*. Si tal percepción fuera descartada, tampoco sería irrazonable pensar que en última instancia censuró la falta de adaptación legislativa de una normativa vetusta a las circunstancias reinantes en el momento de la articulación de la acción, escenario en el que habían tomado gran auge las universidades privadas, con lo cual el mantenimiento del *statu quo* (exclusividad de desarrollo de las nombradas tareas por la Universidad de Costa Rica) quedaba desfasado y era, cuando menos, injusto. En cualquier caso, y sea cual fuera la vía dialéctica que se empleara y la nomenclatura con que se identificara la tarea decisoria efectivizada, lo cierto es que la Sala *añadió contenido normativo a un precepto legal* para compatibilizarlo con el texto y el espíritu constitucionales, y permitió que triunfara la incolumidad de los principios de igualdad y no discriminación, pilares fundamentales del Estado Constitucional.

4. Conectado con el tramo que cierra el apartado anterior y pese a que *a priori* pudiera aparecer desmesurada nuestra apreciación, es saludable el recurso que la Sala ha utilizado en algunos casos acudiendo a *tipos sentenciales interpretativos* para obtener una hermenéutica normativa valiosa y útil.

Incluso nos animamos a arriesgar que ha ejercido —bien que de modo *sui generis*— el control sobre la *omisión del constituyente* en actualizar una norma de la Ley fundamental que literalmente se presentaba como desfasada o anacrónica, lo que muestra un punto de contacto con la temática de la ausencia de *aggiornamento* normativo por el legislador ante una hipótesis de prognosis errónea (estudiada en Alemania, entre otros países europeos). En este caso, como se anticipara, se abandona el juego bipolar de omisión absoluta u omisión relativa, porque en puridad no se configura la una ni la otra, sino que lo que se censura es precisamente el quebrantamiento de la obligación de adecuar la regla a las nuevas condiciones del ámbito jurídico en el que ella debe funcionar.

Creemos que así lo hizo la Sala en la Sentencia N° 3.435-92 (y, por extensión, lo reiteró en la N° 1.633-96) al proporcionar nuevo contenido actualizado y compatible con otras normas constitucionales y con disposiciones de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al entonces art. 14, inc. 5°, de la

Ley fundamental y hacer extensiva indiscriminadamente tal interpretación a todas las situaciones jurídicas compatibles con tal esquema propositivo, expresando que “*cuando en la legislación se utilicen los términos ‘hombre’ o ‘mujer’, deberán entenderse como sinónimos del vocablo ‘persona’, y con ello eliminar toda posible discriminación ‘legal’ por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados*”¹¹¹⁵.

5. A despecho del escaso acercamiento de la Sala a la temática de las omisiones inconstitucionales legislativas, al que nos referíamos precedentemente (enfocando la etapa previa a la Sentencia N° 2005-05649), un repaso de su catálogo jurisprudencial en cuanto al tema que nos convoca lleva a un balance positivo de su tarea, pues aunque no verbalice las categorizaciones tipológicas de las variantes de omisiones censurables, emplea modelos sentenciales que, en definitiva y en cuanto a los resultados prácticos que producen, se terminan comprometiendo con la idea-fuerza a la que se encamina el control de las pretericiones inconstitucionales: *la búsqueda de la efectividad de los preceptos de la Constitución, concebida ésta como norma jurídica y suprema*.

6. Como se anticipara y más allá del audaz movimiento que la Sala hiciera en la Sentencia N° 2005-05649, su jurisprudencia posterior muestra un repliegue en la materia, con lo cual habrá que estar atentos a los futuros desarrollos jurisdiccionales en dicho campo para comprobar si finalmente consolida su criterio en punto a avanzar correctivamente en las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas y relativas (lo que sería muy apropiado) o prefiere quedarse detenida en los moldes cristalizados antes de tal pronunciamiento.

Por lo pronto, en las sentencias N^{os}. 2005-10382 y 2013-10878, por citar un par de ejemplos y sin perjuicio de refrescantes votos razonados vertidos en ambos pronunciamientos, pareciera asistirse a una etapa excesivamente prudente de la Sala frente a ciertas pretericiones inconstitucionales de la Asamblea Legislativa en ámbitos temáticos sensibles.

7. Para finalizar, sí debe reconocerse como punto positivo, la posición de la mayoría de la Sala en la Sentencia N° 2010-11352, en la que sin verbalizarlo (ya que se refiere a la convergencia de una *omisión constitucional*) y por medio de una resolución estimatoria exhortativa, se acerca a la corrección de una *preterición inconvencional*

1115 Debe recordarse que tiempo después del pronunciamiento de la Sala, dicho párrafo del artículo 14 constitucional fue reformado por la Ley N° 7.879, de 27 de mayo de 1999, quedando entonces redactado de la siguiente manera: “5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo período en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”.

del poder de enmienda o reformador de la Constitución, la cual se habría presentado por el incumplimiento del Estado costarricense respecto de obligaciones impuestas en tratados internacionales plenamente vigentes.

CAPÍTULO

II

**EL PARTICULAR CASO DE
REPÚBLICA DOMINICANA**

I. Breve exordio

El caso dominicano es, a un tiempo, interesante y atípico. En su momento, la Suprema Corte de Justicia de ese país dio un paso muy audaz e importante al insuflar vida de modo pretoriano al proceso de *amparo* pero partiendo de una norma de la CADH. Tal vez embrionariamente podría hoy hablarse de que constató y salvó una *inconvencionalidad omisiva*.

Andando el tiempo se modificó la Constitución (más bien se dictó una nueva), lo que entre otras innovaciones trajo consigo la creación de un Tribunal Constitucional que ha comenzado a operar en diciembre de 2011 y cuya Ley Orgánica ha previsto la posibilidad de acudir a una modalidad atípica de sentencia constitucional (interpretativa y dentro de esta categoría, la variante “aditiva”) para remediar las *pretericiones legislativas anticonstitucionales*.

Vale advertir que la nueva Carta constitucional no extirpó del sistema a la Suprema Corte de Justicia, que convive institucionalmente con el Tribunal Constitucional, moviéndose cada uno de tales órganos dentro del marco de sus respectivas competencias.

II. La pionera tarea de la Suprema Corte de Justicia

1. Un fallo muy significativo

El valioso precedente jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia al que aludíamos fue dictado el 24 de febrero de 1999.

Brevemente presentados los hechos de la causa, resulta que “Productos Avon S.A.”, representada por su gerente general (Sr. L.F.M.) y por medio de sus letrados, presentó una “instancia” mediante la cual interpuso formal recurso de amparo contra las sentencias dictadas por la Sala N° 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, de 10 de septiembre y 14 de octubre de 1998.

En ella peticionaba: *i*) que la Suprema Corte de Justicia declarara, en la sentencia a intervenir, que el amparo es una institución del derecho positivo dominicano; *ii*) que dicho órgano trazara el procedimiento a seguir en materia de amparo, de conformidad con las atribuciones que le acordaba el art. 29, inc. 2°, de la Ley N° 821 de Organización Judicial; y *iii*) que ordenara el sobreseimiento o la suspensión de la demanda laboral en nulidad de desahucio, reintegro de trabajadores y reparación de daños y perjuicios,

incoada en contra de “Productos Avon S.A.” y el Sr. L.F.M. hasta tanto se decidieran definitiva e irrevocablemente sendos recursos de apelación interpuestos en fecha 13 de octubre de 1998, en contra de la sentencia de 10 de septiembre del mismo año, dictada por la Sala N° 2 del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, y de fecha 5 de noviembre también de 1998, emitida por la misma Sala el 14 de octubre de igual año.

Los impetrantes alegaron, entre otras circunstancias, que las sentencias cuestionadas lesionaban los siguientes “derechos fundamentales”: *i*) al debido proceso de ley, *ii*) a una actuación apegada a la ley o principio de la legalidad, y *iii*) a ser juzgado por una jurisdicción competente.

Invocaron como fundamento legal de su acción los arts. 25.1 y 8 de la CADH, aprobada por el Congreso nacional por Resolución N° 739, promulgada el 25 de diciembre de 1977 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 9.460, de 11 de febrero de 1978. Además, alegaron en apoyo de su reclamo los arts. 3, párrafo final¹¹¹⁶ —hoy art. 26, incs. 1° y 6°—, y 8, inc. 2°, literal ‘j’¹¹¹⁷ —con cierta proximidad con el actual art. 69— de la Constitución de la República entonces vigente.

La Suprema Corte entendió que las normas premencionadas tenían 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 actuaran o no en el ejercicio de funciones oficiales o por particulares.

Añadió que, contrariamente a como había sido juzgado en el sentido de que los actos violatorios tendrían que provenir de personas no investidas de funciones judiciales o que no actuaran en el ejercicio de esas funciones, el “recurso” de amparo —como mecanismo protector de la libertad individual en sus diversos aspectos— no debía ser excluido como remedio procesal específico para solucionar situaciones creadas por personas investidas de funciones judiciales ya que, al expresar el art. 25.1 de la Convención que el recurso de amparo estaba abierto a favor de toda persona contra los actos que violaran sus derechos fundamentales “aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, evidentemente incluía entre éstas a las funciones judiciales.

1116 Tal norma disponía: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional General y 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”.

1117 El precepto establecía: “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”.

No obstante, entendió que no era posible que los jueces pudieran acoger el amparo para revocar por la vía sumaria de esta acción lo ya resuelto por otros magistrados en ejercicio de la competencia que les atribuía la ley, sin que se produjera la anarquía y una profunda perturbación en el proceso judicial, por lo que tal vía quedaba 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 llevaba cualesquiera de ellos una lesión, restricción o alteración a un derecho constitucionalmente protegido.

Agregó que si bien el art. 25.1 de la CADH prescribía que el recurso de amparo debía intentarse ante los jueces o tribunales competentes, y si también era cierto que la competencia, para este recurso, no estaba determinada en el derecho procesal dominicano, no era menos cierto que como tal recurso constituía 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 hábeas corpus, *ningún juez podría, si a él se recurría por una alegada libertad constitucional vulnerada, negar el amparo pretextando la inexistencia de ley que reglamentara la acción ejercida.*

En línea con ello, la Suprema Corte estimó que si era válido que para la protección de los derechos se debía tener un medio, un camino especial que los hiciera efectivos, ella misma estaba facultada para determinarlo cuando por “*omisión del legislador*” no se hubiera establecido el procedimiento adecuado.

En ese sentido, afirmó que no obstante ser de principio que sólo la ley atribuía competencia, al no existir ninguna disposición que pusiera a cargo de determinado juez o tribunal el conocimiento del recurso de amparo, resultaba forzoso admitir —a tenor del citado art. 25.1 de la CADH— que cualquier juez o tribunal del orden judicial podría válidamente ser apoderado de un recurso de amparo, siempre que apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de la persona humana.

Sin embargo, advirtió que como aquello traería consigo una competencia antojadiza y confusa, juzgó evidente la necesidad de que ella misma —la Suprema Corte— determinara la competencia y el procedimiento que deberían observarse en los casos de apoderamiento judicial con motivo de un recurso de amparo, de acuerdo con las atribuciones que le confería el art. 29, inc. 2°, de la Ley N° 821¹¹¹⁸ de Organización Judicial.

1118 Cláusula que le concedía atribución para “[d]eterminar el procedimiento judicial que deberá observarse en los casos ocurrentes, cuando no esté establecido en la ley, o resolver cualquier punto que para tal procedimiento sea necesario”.

En mérito a lo anterior, interpretó que el art. 25.1 de la Convención, en el caso dominicano, adjudicaba competencia 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 estaría sujeta la sentencia que se dictara.

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

Concretamente, la Suprema Corte actuó de la siguiente manera: *i)* determinó la competencia para conocer la acción de amparo; *ii)* diseñó el procedimiento a observarse en la materia; *iii)* esbozó los parámetros temporales dentro de los cuales debería ser interpuesta la acción, fijada la audiencia para el conocimiento de la misma, pronunciada la sentencia y deducido el recurso de apelación ante la Corte respectiva; y *iv)* declaró, por fin, que los procedimientos del recurso de amparo se harían libres de costas.

2. Palabras finales

La solución adoptada por la Suprema Corte dominicana nos parece altamente encomiable pues, por una parte, receptó la figura del amparo a partir no ya de una norma local sino de una de fuente internacional, concretamente el art. 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 art. 29, inc. 2°, de la Ley de Organización Judicial N° 821.

III. El renovado escenario constitucional dominicano

Como anticipábamos, la nueva Constitución fue proclamada el 26 de enero de 2010, se encuentra desde ese momento en vigor e instauró un Tribunal Constitucional, que ha comenzado a funcionar el 27 de diciembre de 2011.

Como toda institución nueva, deberá trabajar de manera intensa para insertarse funcionalmente en el esquema jurídico en busca de su legitimación social, además de

afrontar numerosas vicisitudes en su convivencia con la Corte Suprema de Justicia y demás poderes del Estado y otros órganos constitucionales.

El 13 de junio de 2011 se promulgó la Ley Orgánica N° 137-11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales¹¹¹⁹ (LOTCP), modificada por la Ley N° 145-11, de 4 de julio de ese año.

Tal dispositivo legal prefigura en su art. 47, párrafo II, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte *sentencias interpretativas aditivas* para conjurar las *omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto*.

IV. Una sentencia en cuya disidencia se plantean temas relativos a la inconstitucionalidad por omisión

1. Para concluir este acercamiento al espacio jurídico dominicano, exploraremos la Sentencia TC/0022/12, “Expediente relativo a la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el señor Leonte Piña Mauro, contra los artículos 148 y 149 de la Ley N° 6.186, de Fomento Agrícola del 12 de febrero de 1963”, dictada por mayoría el 21 de junio de 2012.

En la demanda se planteaba que la Ley N° 6.186, arts. 148¹¹²⁰ y 149¹¹²¹, era inconstitucional por violar los arts. 8, incs. 13, 14 y 15 (derecho de propiedad); 100 (derecho a la igualdad) y 46 (supremacía constitucional) de la Constitución y el art. 24 de la CADH.

1119 Un análisis de tal normativa puede verse en JORGE PRATS, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Ius Novum, Santo Domingo, 2011.

1120 Tal artículo (según Ley N° 659/65, G.O. 8.935), dispone:
 “En caso de falta de pago y siempre que por toda otra causa indicada en esta ley, el capital de un préstamo sea exigible, la venta de los inmuebles hipotecarios podrá ser perseguida.
 “Si hay contestación, ésta será de la competencia del tribunal llamado a conocer de la venta de los inmuebles, sin que se detenga el procedimiento de adjudicación. Se procederá como en materia sumaria y la sentencia que intervenga no será susceptible de apelación”.

1121 Dicha norma (cfr. Ley N° 659/65, G.O. 8.935), determina:
 “Para llegar a la venta de los inmuebles hipotecados, el banco notificará al deudor un mandamiento de pago en la forma prevista en el artículo 673 del Código de Procedimiento Civil, el cual deberá contener, además, lo que prescribe el artículo 675, incisos 3, 5 y 6 del mismo Código. Si dentro del plazo de quince días establecido por el artículo 153 de esta ley, el deudor no paga los valores adeudados, el mandamiento de pago se convertirá de pleno derecho en embargo inmobiliario”.

En definitiva la acción fue desestimada por mayoría, compuesta por los jueces Ray Guevara, Piña Medrano, Vásquez Samuel, Bonilla Hernández, Castellanos Khouri, Castellanos Pizano, Cury David, Díaz Filpo, Gómez Bergés, Gómez Ramírez y Jiménez Martínez.

Por su parte, los votos disidentes correspondieron a los magistrados Acosta de los Santos y Reyes.

2. Básicamente, en el ap. II. de la sentencia (“Consideraciones y Fundamentos del Tribunal Constitucional”), la mayoría afirmó que lo que se precisaba determinar era si el régimen de cobro especial que la Ley N° 6.186 contiene, muy específicamente el procedimiento ejecutivo de embargo inmobiliario abreviado, es generador de privilegios y por tanto viola el principio de igualdad, el derecho de propiedad, así como el principio de supremacía constitucional (subap. 7.1).

Expresó la mayoría que con la extensión del embargo inmobiliario abreviado a sectores distintos del agrícola, incluida una clase profesional, no se violaba el debido proceso civil, por cuanto era conteste con el derecho que tenían las partes a un proceso judicial que resolviera, ya sea su incertidumbre jurídica, ya sea su conflicto de intereses (en ambos casos de relevancia jurídica) sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo, que desvirtuaran su finalidad que es la justicia y su respectiva seguridad jurídica, nada de lo cual ponía al deudor en una situación de la que no se había podido defender (subap. 7.5).

Según entendió, no se violaba el principio de igualdad (ni el derecho de propiedad y consecuentemente tampoco el principio de supremacía constitucional) cuando el legislador había dispuesto un procedimiento especial que resultaba de dicha ley sobre Fomento Agrícola, por tratarse de una institución dedicada a estimular la producción agropecuaria en el país y que con el tiempo, su agilidad había sido extendida por el legislador a otros sectores en virtud del desarrollo económico y de la expansión del sistema financiero (subap. 7.8).

Señaló además que el procedimiento especial que trazaba la ley tenía como propósito establecer las condiciones más adecuadas para garantizar la sostenibilidad del fomento del crédito territorial, puntal trascendente del crecimiento económico nacional (subap. 7.9).

3. De su lado, los magistrados disidentes sostuvieron que existía una gran diferencia entre el procedimiento de derecho común y el abreviado, y que quedaba “incuestionablemente demostrado que el legislador coloca en un plano de desigualdad a los acreedores que deben agotar el procedimiento de derecho común, en relación

a aquellos que se benefician del procedimiento especial: reconociéndole[s] a estos últimos ventajas que le[s] niega a los primeros” (subap. 18).

Entre otras apreciaciones, puntualizaron que la diferencia establecida por el legislador con anterioridad a la promulgación del referido Código Monetario y Financiero cumplía con el requisito de razonabilidad, ya que era sensato organizar un procedimiento de ejecución forzosa especial para garantizar el cobro de los créditos: “a) del Banco Agrícola de la República Dominicana, porque esta institución se dedicaba a prestar dinero, a un interés relativamente bajo, a los agricultores, con la finalidad de favorecer el desarrollo del sector agrícola; b) de las Asociaciones de Ahorros y Préstamos para la vivienda, en razón de que no perseguían fines lucrativos y su cartera de préstamos estaba orientada a promover y fomentar la creación de ahorros, destinados al otorgamiento de préstamos para la construcción, adquisición y mejoramiento de la vivienda [...]; c) de las Sociedades Financieras de Empresas que promueven el Desarrollo Económico, ya que estas instituciones tenían como finalidad proporcionar financiamiento en el sector agrícola para promover la aplicación de tecnología que permitieran sustituir la agricultura de subsistencia y así contribuir, real y efectivamente, a una elevación del nivel de vida del campesino dominicano [...]; d) de los Bancos Hipotecarios de la Construcción, ya que estas entidades fueron creadas para financiar la construcción de proyectos de viviendas destinadas a personas de mediados recursos [...]; e) los trabajadores, en razón de que el salario que reciben está vinculado a su subsistencia, en la medida de que la mayoría de los trabajadores no tienen ingresos adicionales y los sueldos sólo le[s] sirven para satisfacer las necesidades más básicas; f) los abogados y notarios, en la medida en que contribuyen al funcionamiento de la administración de la justicia en su calidad de auxiliares” (subap. 28).

Señalaron que la situación era totalmente distinta después de la entrada en vigencia del Código Monetario y Financiero “ya que los beneficios del procedimiento abreviado se extendieron a todos los intermediarios financieros” (subap. 31), por lo que el “privilegio derivado de la diferencia de tratamiento en relación al procedimiento de ejecución forzoso aplicable, ya no es razonable ni puede justificarse, porque los intermediarios financieros dirigen sus préstamos a aquellos sectores en los cuales puedan obtener mayor rentabilidad, de manera que, aunque el sistema financiero incide en el desarrollo económico del país, su finalidad y razón de ser es la rentabilidad” (subap. 32).

Ante la situación descrita, consideraron que “lo constitucionalmente válido es que todos los acreedores se beneficien del procedimiento abreviado de ejecución forzosa y no sólo los acreedores anteriormente mencionados. En este orden, *el legislador ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión al no incluir a todos*

los acreedores en ocasión de la promulgación del Código Monetario y Financiero. Dicha inconstitucionalidad por omisión genera una violación al principio de igualdad” (subap. 33).

Asimismo indicaron que para subsanar la violación en que incurrió el legislador, no era necesario declarar inconstitucionales los arts. 148 y 149 de la Ley N° 6.186 “*sino interpretarlos conforme a la Constitución y, en este sentido, extender el beneficio del procedimiento abreviado que se establece en los mismos a todos los acreedores*” (subap. 34).

Concluyeron su disidencia precisando que lo que debió hacer el Tribunal Constitucional “*fue dictar una sentencia interpretativa adictiva [debieron decir ‘aditiva’], mediante la cual incluyera entre los beneficiarios del procedimiento abreviado a los acreedores que de manera injustificada y en violación al principio de igualdad fueron excluidos por el legislador*” (subap. 35), y *exhortar al legislador* a que aprobara un procedimiento de embargo inmobiliario unificado siguiendo la tendencia moderna.

V. Brevísimos epílogo

Sin entrar a analizar el razonamiento de la disidencia y si la ley en cuestión era o no inconstitucional, consideramos laudable que en la sentencia que acabamos de examinar, algunos miembros del Tribunal Constitucional comiencen a inocular a sus fallos categorías interesantes y valiosas del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, como son los temas relativos a la *inconstitucionalidad por omisión* (vinculada a la supremacía, normatividad y efectividad de la Constitución), la utilización de *sentencias interpretativas para corregir las pretermisiones inconstitucionales relativas* (en particular aquí, las decisiones *aditivas*), y la *técnica de exhortación al legislador* para que proceda a aprobar un nuevo dispositivo legal más acorde con las exigencias constitucionales modernas.

La LOTCPC es una herramienta jurídica interesante para explorar y desarrollar nuevos caminos argumentales y acudir a novedosas (al menos en el ámbito dominicano) variantes sentenciales.

Ojalá que el Tribunal Constitucional pueda moverse activa e innovadoramente para optimizar sus recursos en pro del resguardo de la primacía de la Constitución y la protección y realización de los derechos fundamentales, forjando estándares jurisprudenciales consistentes con tales premisas esenciales del Estado Constitucional.

TÍTULO DECIMOQUINTO

**ANÁLISIS DE LAS
EXPERIENCIAS EN EL
DERECHO COMPARADO (IV).
IMPLEMENTACIÓN POR
VÍA JURISPRUDENCIAL (I):
EUROPA**

CAPÍTULO

I

**ALEMANIA, AUSTRIA, ESPAÑA E
ITALIA. OTROS CASOS EN EUROPA**

I. Pórtico

Si bien en los respectivos ordenamientos constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia no existen expresas disposiciones sobre el tema en cuestión¹¹²², vale aclarar que ha sido importante el despliegue de las respectivas jurisdicciones constitucionales para controlar las *omisiones legislativas* (*principalmente, las relativas o parciales*).

Por ejemplo, más allá de algunas referencias que fuimos intercalando en el curso del presente trabajo y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de aquellos países, es dable verificar la utilización de:

- *Remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por el propio tribunal constitucional, por ejemplo, las “sentencias interpretativas” y, dentro de éstas, las “manipulativas” y, más específicamente, las “aditivas clásicas o puras”.
- *Remedios bilaterales*, que entrañan la necesidad de colaboración entre el tribunal constitucional y el legislador (y, en ocasiones, también el 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 la sentencia para dar tiempo a la

1122 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: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 29 de septiembre de 1990, sobre el sistema electoral para las primeras elecciones de la Alemania unificada (MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, pp. 511-512).

Como complemento matizador de la afirmación expuesta en el texto principal del trabajo (al que responde la presente nota), recordamos que debe tenerse presente (como lo advertiéramos) que el art. 140, inc. 5°, de la Constitución austríaca establece —en lo pertinente— que la sentencia por la que el Tribunal Constitucional anula una ley por inconstitucional tendrá efectos el día de su publicación, *a menos que el Tribunal Constitucional hubiese fijado un plazo para su entrada en vigor*, lapso temporal de aplazamiento que no puede exceder de dieciocho (18) meses.

intervención del legislador y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”¹¹²³.

Los mecanismos empleados por los respectivos tribunales constitucionales de los mencionados países europeos obedece a la insuficiencia del esquema del legislador negativo, pues —como señala GONZÁLEZ BEILFUSS— 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 inconstitucional¹¹²⁴.

En el presente capítulo reseñaremos sintéticamente algunas experiencias que, frente al tema, ofrecen los respectivos acervos jurisprudenciales de los órganos máximos de justicia constitucional de Alemania, Austria, España e Italia.

Ya con menor grado de detalle y sólo como ejemplos, dedicaremos breves líneas a otros escenarios jurídicos europeos, como Francia y Polonia.

II. Alemania

1. Encuadre inicial del tema

Doctrinaria y jurisprudencialmente, la figura de la inconstitucionalidad por omisión tuvo desarrollo inicial en la República Federal de Alemania.

Un mapa muy básico del tema, que complementaremos a medida que avancemos en la exploración de distintos aspectos que el mismo ofrece en el escenario jurídico germano (a lo que deben sumarse numerosas referencias intercaladas en distintos pasajes de este ensayo), muestra que la fiscalización constitucional es procedente *cuando*:

- i) La omisión legislativa produzca en perjuicio del peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (*Grundrecht*), caso en el que aquel deberá alegar y probar al respecto. En el particular, habría *carencia de norma*, o sea, *omisión absoluta o total*.

1123 Cfr. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero-abril de 2001, CEPC, Madrid, pp. 85-86.

1124 GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, pp. 12-13.

- ii) El legislador no hubiera ajustado la disposición normativa ya existente en el sentido establecido por el *Bundesverfassungsgericht*, fijado en una de sus sentencias. En el caso, la disposición es *incompleta* o *desfasada* en relación con lo que el Tribunal ha dispuesto para corregir su deficiencia, patentizándose en tal hipótesis una *omisión relativa o parcial*.

Otro trazo preliminar que conviene retener tiene que ver con la evolución de la jurisprudencia del *BVerfG*.

Se hace perceptible que, en una primera etapa, un ciudadano no podía ostentar una pretensión subjetiva a una acción del legislador que pudiera hacer valer judicialmente, además de que el Tribunal manifestaba no ser un cuerpo legislativo ni poder ser obligado a remplazar al legislador. Asimismo, lo relativo al dictado de una ley dependía de valoraciones económicas, políticas e ideológicas que, por vía de principio, estaban sustraídas al control judicial¹¹²⁵.

No sin dificultades, la situación fue mutando hasta que se llegó a aceptar la *Verfassungsbeschwerde*¹¹²⁶ cuando quien deducía la demanda podía apoyar su pretensión en un *encargo expreso* de la Constitución, que determinara en lo esencial el contenido y el volumen de la obligación legislativa¹¹²⁷. Sólo de ese modo y con tales recaudos, el *BVerfG* entendería configurada una *omisión legislativa* susceptible de corrección¹¹²⁸.

2. Desarrollo jurisprudencial

Luego del sucinto encuadre precedente de la cuestión, es preciso resaltar algunos hitos sentenciales que fueron paulatinamente conformando las bases del desarrollo jurisprudencial del tema, dentro del ámbito más general del “*Normenkontrolle*”, por el *BVerfG*.

A) En el sentido expuesto se puede ubicar a modo de pronunciamiento inaugural, el emitido el 19 de diciembre de 1951.

1125 *BverfG* 1, 97; 2, 237; 2, 287.

Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 312.

1126 Existe una “eterna” polémica en cuanto al modo de traducción de la palabra alemana *Verfassungsbeschwerde* al español. Algunos autores la han traducido como *recurso de amparo*; otros, como *recurso de queja constitucional*; incluso hay quienes opinan que la traducción literal sería *recurso de “reclamación constitucional”*, aunque conceden que si se trata de derechos fundamentales cabría traducirla como “recurso de amparo”.

Para evitar confusiones, en el texto emplearemos el vocablo en su idioma original.

1127 *BverfG* 56, 54 (70).

1128 *BverfG* 55, 37 (53); 59, 360 (375).

Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 313.

Se trataba de una *Verfassungsbeschwerde* deducida por una persona incapacitada para trabajar y sin otros medios para mantener a sus hijos menores de edad, quien pretendía del Tribunal que se expediera en el sentido de que el legislador, al no garantizar una existencia más decorosa, había vulnerado los siguientes derechos fundamentales consagrados en la Constitución —*Grundgesetz (GG.)*—: a la dignidad (art. 1), al libre desarrollo de su personalidad (art. 2) y a la igualdad (art. 3)¹¹²⁹.

El *BVerfG* reconoció en la mencionada sentencia que de la vinculación a la Constitución, y especialmente a los derechos fundamentales, era dable que emanaran concretas obligaciones de actuar para los órganos judiciales y administrativos, cuya inobservancia podía llevar a una auténtica omisión inconstitucional lesiva de derechos fundamentales; mas dejó en claro que, *por vía de principio, ésta no podía generarse a causa de una inacción del legislador*.

Tal vez convenga efectuar aquí una matización al sentido de dicho pronunciamiento. En realidad, pareciera que el criterio del *BVerfG* en punto a la improcedencia del control de las omisiones legislativas inconstitucionales se refería más bien a la modalidad *absoluta* de éstas, hablando en términos de la categorización taxonómica *wesseliana*.

B) Avanzando en el circuito jurisprudencial, la cuestión del poder normativo de los jueces ante una omisión del legislador ya se había insertado a propósito del art. 117.1, de la *GG*. Aunque obvio, aclaramos que nos estamos refiriendo a la Ley fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*), de 1949.

Dicho precepto determinó que todas las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3.2, *Ibid.*) tenían como plazo máximo de vigencia el 31 de marzo de 1953. En función de ello, por medio de la decisión fechada el 18 de diciembre de ese año y al no haber el Legislativo promovido las reformas exigidas dentro del lapso estipulado (incurriendo en *omisión inconstitucional*), el *BVerfG* declaró que todas las leyes incompatibles con aquella regla mayor dejaban de ser aplicables y, en consecuencia, el citado art. 3.2 era plenamente operativo.

C) Otras manifestaciones sentenciales francas del Tribunal en torno a la problemática que abordamos se ubicarían en las sentencias de 20 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, en las que sin lugar a dudas declaraba que la inconstitucionalidad podría surgir por vías de acción o *de omisión del legislador*.

1129 Como nota marginal y a sus efectos, es conveniente recordar que en la reforma a la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (producida en 1993), en particular respecto del art. 93.a.2.º b, se ha establecido que no cualquier quebranto de un derecho fundamental justifica la admisión de la *Verfassungsbeschwerde*.

Respecto del primer decisorio, FERNÁNDEZ SEGADO puntualiza que el *BVerfG* admitía la posibilidad de tal ruptura constitucional por inacción en los supuestos de omisión parcial del legislador en que éste, al contemplar en el texto legal tan sólo a un grupo o fragmento de población, quebrantaba el principio de igualdad, dándose los primeros pasos para el reconocimiento dogmático de la denominada “exclusión arbitraria de beneficio” inconstitucional (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), por violación del principio de igualdad al incurrirse en una discriminación en el goce de uno o más derechos de un grupo respecto de otro¹¹³⁰.

Ya acerca de la segunda sentencia, el Tribunal debió pronunciarse respecto de una *Verfassungsbeschwerde* planteada frente a una ley federal que determinaba la remuneración de los funcionarios públicos. El autor mencionado en último término apunta que el *BVerfG* se manifestó “en el sentido de que aunque no estuviese legitimado para fijar los sueldos de los funcionarios, disponía de elementos suficientes como para apreciar que, en virtud de la alteración del coste de la vida, los valores establecidos por tal ley no se correspondían a los parámetros mínimos a que se refiere el art. 33.5” de la GG. Acota que el Tribunal “no declaró la nulidad de la norma, porque de ésta no se hubiera derivado sino un agravamiento del estado de inconstitucionalidad, limitándose por tanto a constatar la violación constitucional. Con esta doctrina, el *BVerfG* identificó muy tempranamente que *omisión inconstitucional era no sólo el incumplimiento absoluto de la obligación de legislar, sino también la ejecución defectuosa o incompleta de ese mismo deber* (omisión relativa, aunque también omisión parcial o *Teilunterlassung*)”¹¹³¹.

D) Es imperioso detenerse en un paradigmático caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal mediante la Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero (ya aludida), precedente que constituye una de las muestras más cabales de la vertiente jurisprudencial consistente en encarar *per se* el mencionado proceso de *concretización* de una norma constitucional para asignarle eficacia (*Konkretisierung*).

a) Respecto de la *Konkretisierung*, se sabe que el *BVerfG* puede disponer el dictado de una medida legislativa y fijar un plazo para que la reglamentación sea elaborada. Una vez concluido ese período, competirá a aquel Tribunal Constitucional resolverla, pudiendo existir una sanción política para el órgano omitente. Al respecto, se ha señalado que impera la conciencia de que todos los órganos constitucionales están vinculados a las decisiones del *BVerfG*, no pudiendo dejar de cumplir —cuando

1130 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, p. 1005.

1131 Ídem.

están alertados de su omisión— el llamado principio de finalidad constitucional (*Verfassungsorgantreue*)¹¹³².

La *concretización* de los preceptos constitucionales como técnica para que ellos logren plena efectivización —que el *BVerfG* aplica en su despliegue jurisprudencial— se vincula con el *principio de la fuerza normativa de la Constitución* (firmemente sostenido por HESSE, como vimos), en función del cual debe concederse precedencia a los planteos que coadyuvan a maximizar la eficacia de las disposiciones constitucionales en función de las relaciones sociales y la “voluntad de Constitución”¹¹³³ (*Wille zur Verfassung*).

b) Por su vinculación con la inconstitucionalidad por omisión y la *Konkretisierung*, es importante tomar en consideración la tesis de PESTALOZZA —sintetizada cabalmente por FERNÁNDEZ SEGADO— que sostiene la existencia de dos tipos de mandatos constitucionales: los *sustituibles* y los *insustituibles* (*vertretbaren und unvertretbaren Aufträgen*)¹¹³⁴.

Si se trata de un *mandato sustituible*, el *BVerfG* no puede determinar la inconstitucionalidad de la omisión del legislador (*die verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassen*). Así, en las *Verfassungsbeschwerde*, frente a resoluciones judiciales que se sustenten en el incumplimiento (*Nichterfüllung*) de mandatos de este tipo, el *BVerfG* debe asignar a los propios tribunales ordinarios el cometido de implementar aquel mandato por vía de la *Konkretisierung*. Por el contrario, cuando la disposición de la Constitución, pese a la falta de *interpositio legislatoris*, despliega una eficacia suficiente (*hinreichende Wirkungskraft entfaltet*), los tribunales tienen que aplicarla inmediatamente (*haben die Gerichte sie unmittelbar anzuwenden*), no pudiendo objetar que el legislador no ha desarrollado su mandato¹¹³⁵.

1132 Cfr. QUARESMA, Regina, op. cit., *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, pp. 55-56.

1133 Tomando ciertas enseñanzas *hellerianas*, HESSE indica que esa “voluntad de Constitución” procede de una triple raíz: la conciencia de la necesidad y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable que aleje a la vida de la arbitrariedad desmedida e informe; la convicción de que este orden establecido constitucionalmente es algo más que un orden exclusivamente fáctico, ya que se trata de un orden legítimo y necesitado de continua legitimación; y, en relación con esto último, se basa en la conciencia de que este orden no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana, sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de actos de voluntad (HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, op. cit., *Escritos de derecho constitucional*, p. 66. En dicha página, concretamente en la nota 12, tal autor cita a HELLER, Hermann, *Archiv des öffentlichen Rechts*, nueva serie, N° 16, pp. 341 y 352 y ss.).

1134 PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3, völlig neu-bearbeitete Auflage (3ª ed. completamente revisada), München, 1991; referido por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, pp. 51-52.

1135 *Ibid.*, p. 52.

En los *vertretbaren Verfassungsaufträgen*, el transcurso de un prolongado período (*eine gewisse Zeit lang*) se traduce en que la omisión legislativa constitucional pasa a convertirse en inconstitucional. En contrapartida, en los *unvertretbaren Verfassungsaufträgen*, PESTALOZZA considera que los tribunales no pueden sustituir al legislador moroso (*die Gerichte Können hier den Gesetzgeber, der säumig ist, nicht vertreten*), por lo cual debe declararse, en caso de ser necesario, la inconstitucionalidad de su inactividad¹¹³⁶.

c) Retomando el emblemático asunto resuelto por medio de la citada sentencia de 29 de enero de 1969, debe evocarse que el art. 6.5 de la 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 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 art. 6.5 de la GG., en el curso de la legislatura de tal año (1969), intimación que fue acatada promulgándose la ley el 19 de agosto de dicho año, para entrar en vigor el 1 de julio de 1970¹¹³⁷.

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 art. 1.3 de la GG.¹¹³⁸, haciéndose necesaria la *concreción* de la voluntad constitucional en tanto fuera posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador¹¹³⁹.

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

1136 Ídem.

1137 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 314.

1138 Que establecía que los derechos fundamentales que a continuación detallaba (entre los que se incluía la igualdad —art. 3, GG.— y la mencionada pauta que involucraba a los hijos ilegítimos y legítimos —art. 6, inc. 5°, *Ibid.*—) vinculaban a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable.

1139 Consid. B.I.4.b (cfr. traducción de su texto en PINA, Rolando E., op. cit., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, p. 86).

seguridad jurídica¹¹⁴⁰, 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 art. 6, inc. 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 justicia¹¹⁴¹.

3. Sobre la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad

Debe aclararse que a partir de la modificación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, operada en 1970¹¹⁴², éste queda habilitado —y de hecho, así lo ha realizado en numerosas ocasiones¹¹⁴³— a declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de una ley (*Unvereinbarkeit*), a la que ya nos refiriéramos en otro sector del trabajo.

Concretamente, el texto de esta última es conforme a la Constitución, mas contiene una omisión o una laguna que deben ser colmadas por razones constitucionales¹¹⁴⁴.

DÍAZ REVORIO puntualiza que, en tales casos, se opta por declarar la inconstitucionalidad del precepto legal, mas no su nulidad¹¹⁴⁵ 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 regulación¹¹⁴⁶. Además se considera que si, en cambio, se procediera a extender los efectos de la ley (mejorando, en su caso, al grupo perjudicado) ello

1140 Consid. B.I.5. (*Ibid.*, p. 89).

1141 Consid. B.I.4.b (*Ibid.*, p. 87).

1142 En realidad, tal variante fue implementada por el Tribunal Constitucional a partir de 1958 y luego establecida legalmente en 1970.

FAVOREU da cuenta de que aquella innovación ha conocido un neto desarrollo: así, y en el período 1966-1970, se produjeron diez (10) declaraciones de inconstitucionalidad, mientras que entre 1971 y 1975 se concretaron veinte (20). Se ha añadido que tal técnica es mayormente empleada cuando se lesiona el principio de igualdad u otro derecho fundamental en correlación con él (FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, 1994, p. 78).

1143 Por ejemplo, *BVerfG* 6, 246; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 32, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; 55, 100 (112); 61, 43 (68); 65, 325 (357) [cfr. MENDES, Gilmar, “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da ley —‘Unvereinbarkeitserklärung’— na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 30, N° 118, abril-junio de 1993, Brasília, p. 63, nota 3].

1144 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 260.

1145 Ídem.

1146 ZEIDLER, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, en *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l’Etat* (VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, Lisbonne, 1987), *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, 1987, p. 48; aludido por DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 92, nota 26.

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 beneficiarios¹¹⁴⁷.

4. Breve acercamiento al tema de la *prognosis errada del legislador*

Como también se anunciara en otro tramo de la investigación, cabe tomar en consideración la temática atinente a la corrección de los *errores de prognosis en los productos normativos del legislador*¹¹⁴⁸, acerca de lo cual la doctrina y la jurisprudencia germanas han destacado la posibilidad de ejercer control sobre el incumplimiento del deber de adecuación o adaptación que incumbe a aquel.

No habrá aquí omisión absoluta o relativa según la tipología clásica y más difundida de omisiones inconstitucionales, sino transgresión de la obligación del legislador de adaptar o perfeccionar la norma existente¹¹⁴⁹.

Generan obligación de desarrollo posterior por parte de éste, por ejemplo, las situaciones en que mudan las circunstancias determinantes (deber general de adecuación o *allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) y, justamente, los supuestos de necesaria corrección de error en el pronóstico o prognosis de la disposición.

5. Sentencias apelativas

Es asimismo interesante recordar que el Tribunal Constitucional Federal alemán distingue entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales”, mediante las sentencias “apelativas” o “de apelación” (*Appellentscheidungen*).

Éstas constatan situaciones *aún constitucionales* y de modo simultáneo el Tribunal dirige una *apelación* al legislador para que dentro de un plazo determinado modifique la situación. Si esto no resultara posible, se aplicaría directamente el mandato constitucional.

DÍAZ REVORIO presenta un cuadro de los supuestos que, según ZEIDLER, constituyen casos de “sentencias de apelación”:

1147 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 92.

1148 STETTNER, Rupert, “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuad. 23, 1982, pp. 1123 y ss.; aludido por GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091, nota 49.

1149 Ver sobre el tema, GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Direito Constitucional*, p. 1091.

- i) Las que tienen como característica común el deseo de evitar la confusión en la política constitucional; por ejemplo, la cuestión de las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador que devinieron inconstitucionales a causa de la alteración de las cifras de población.
- ii) 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., en su momento, procurar iguales condiciones a los hijos naturales y a los legítimos).
- iii) Las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución 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)¹¹⁵⁰.

Por último, en orden a evitar confusiones entre dos técnicas decisorias de gran importancia utilizadas por el Tribunal Constitucional alemán (*la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad y la apelación al legislador*) y aun cuando no siempre resulte posible diferenciar con precisión una de otra, debe tenerse presente que mientras la primera contiene una *declaración de inconstitucionalidad y un juicio de disvalor respecto de la norma cuestionada que obliga al legislador a emprender las medidas necesarias para la supresión del estado de inconstitucionalidad*; la segunda configura una peculiar sentencia de *rechazo de la inconstitucionalidad*, anunciando una posible conversión de esta situación “todavía constitucional” en un “estado de inconstitucionalidad”¹¹⁵¹.

6. Epílogo

Como mensaje final para enfatizar la importancia que la labor del Tribunal Constitucional ha representado en punto a la temática de las omisiones constitucionales, según FERNÁNDEZ SEGADO, se aprecia que la construcción que ha desenvuelto al respecto presenta méritos notorios porque supera la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente¹¹⁵².

1150 ZEIDLER, Wolfgang, op. cit., “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, pp. 44 y ss., aludido por DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 97, nota 49.

1151 Cfr. MENDES, Gilmar, op. cit., “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei — ‘Unvereinbarkeitserklärung’ — na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, p. 66.

1152 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, p. 20.

Con simpleza, pero aportando en definitiva una síntesis básica de la jurisprudencia del *BVerfG*, ROUSSEAU ha mencionado que éste puede no sólo sancionar la ausencia de una ley que deje sin aplicación posible un derecho constitucional, sino también el hecho de que el legislador no haya modificado una ley para tener en cuenta un cambio de circunstancias y corregir las desigualdades que su aplicación haya suscitado, o bien haya “olvidado” prever en una ley disposiciones para ciertas categorías de personas¹¹⁵³.

III. Austria

1. Retraso de los efectos de las sentencias constitucionales admisorias

En relación con el problema de las omisiones inconstitucionales *relativas*, uno de los aspectos salientes del sistema austríaco radica en la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional.

Tal opción se muestra 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, la ley continúa vigente y se sigue aplicando hasta el transcurso del plazo señalado por el Tribunal, momento a partir del cual perderá su vigencia¹¹⁵⁴.

A fin de evitar las consecuencias negativas que, en ciertos supuestos y como anunciábamos, podrían derivarse de la anulación de la norma jurídica, la Constitución austríaca ha previsto, en los apartados 5 y 7 de su art. 140, una excepción a la regla general que ha posibilitado el surgimiento de las denominadas *sentencias de anulación con efectos diferidos*¹¹⁵⁵.

En ese sentido, el Tribunal puede decidir retrasar los efectos del fallo de anulación dentro de un plazo limitado que dará tiempo al legislador para rehacer la ley, pero agotado aquel, ésta ya no deberá aplicarse¹¹⁵⁶.

1153 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.

1154 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, pp. 87-89.

1155 Cfr. EGUIGUREN PRAELL, Francisco J., op. cit., “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, pp. 187-188.

1156 Cfr. FAVOREU, Louis, op. cit., *Los tribunales constitucionales*, p. 56.

2. Sentencias aditivas

Anota 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 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 incluso 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)¹¹⁵⁷.

En línea convergente podría leerse, por ejemplo, la STC 10.705. En ella, ante la falta de una prohibición legal expresa de la candidatura del partido nacionalsocialista en el derecho electoral de Austria, el Tribunal Constitucional derivó tal proscripción a todas las autoridades estatales en su marco de actuación, a partir del art. 3 de ley constitucional *Verbotsgesetz*, cláusula que inhibía a toda persona actuar de cualquier modo en favor de dicho partido o de sus objetivos. En tal decisorio *aditivo* suplió la omisión, añadiendo el *contenido normativo* que consideró faltante¹¹⁵⁸.

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 vulneraría 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 prefigurado todos los casos afectados o no hubiese reflexionado profundamente acerca de sus consecuencias¹¹⁵⁹.

3. Paso del tiempo, irrazonabilidad e inconstitucionalidad

Para cerrar este breve acercamiento a la experiencia austríaca, y con algún punto de toque con lo mencionado sobre el espectro alemán en torno a la corrección de la prognosis errónea del legislador o el deber de adecuación por parte de éste a las nuevas

1157 DÍAZ REVORIO, Francisco J., op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, p. 89, nota 18.

1158 SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 36.

1159 Cfr. OEHLINGER, Theo, “El Tribunal Constitucional austríaco”, op. cit., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 521.

condiciones del ordenamiento jurídico, en el ámbito de Austria *el paso del tiempo* “puede tener una considerable incidencia en el caso de disposiciones vigentes si éstas no han sido adaptadas a los cambios experimentados en relación a su supuesto de hecho. En un caso extremo, ello puede conducir a una inconstitucionalidad posterior (infracción del principio de igualdad a causa de un efecto totalmente irrazonable)”¹¹⁶⁰.

En ese sentido SCHÄEFFER cita la STC ZfVB, 1977/3/1242 acerca del art. 1 de la Ley de Niederösterreich *FlVfLG*, en la que el Máximo Tribunal determinó “que pueden modificarse las medidas por la afectación de una regulación en el transcurso del tiempo, por lo tanto, *una regulación puede convertirse en inconstitucional, en determinados casos, por la no adaptación a las nuevas condiciones objetivas*”¹¹⁶¹.

IV. España

1. Exordio

De modo *propedéutico* vale efectuar (en algún punto, reiterar) dos precisiones válidas para el ámbito constitucional que examinamos, aunque con la matización que haremos a continuación: **i**) ni constitucional ni legislativamente está previsto de modo expreso el control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales *legislativas*, y **ii**) obviamente, tampoco existe una vía procesal constitucional específica para canalizar semejante tipología fiscalizadora.

Cabe, sin embargo, efectuar un breve comentario aclaratorio. Bien que por una vía *indirecta* tal vez pueda intuirse la positivación de algún medio correctivo de ciertas omisiones *judiciales o administrativas* (lo que quizá pudiera repercutir *mediatamente* en el plano legislativo). Nos referimos a que por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la Ley Orgánica N° 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*.

Según se ha advertido, “[e]l hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial *no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo*, toda vez que la Sala o la

1160 SCHÄEFFER, Heinz, op. cit., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, p. 31.

1161 Ídem, p. 31, nota 28.

Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en Sentencia antes de la resolución del proceso de amparo (art. 55.2 LOTC)”. Consecuentemente cabría por este conducto el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hubiesen dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales¹¹⁶².

Retornando de la breve digresión previa, puede entonces afirmarse que, *formalmente*, no es posible acudir al Tribunal Constitucional (T.C.) con el *exclusivo* propósito de acusar la inactividad, la inactuación o la inercia del legislador.

De allí que un control de tal tenor por el T.C. sólo puede realizarse en el marco de uno de los procesos constitucionales legalmente instituidos. Tales rutas de ingreso para instar el control respecto de la actuación legislativa, como se sabe, son: *i*) las de impugnación directa: recurso/control previo; *ii*) la cuestión de inconstitucionalidad deducida por los jueces ordinarios; *iii*) el recurso de amparo, que podría generar lo que se ha dado en llamar una “autocuestión” en el seno del T.C.; y *iv*) la dirigida a defender la autonomía local, que también puede dar lugar a una “autocuestión”.

Por otra parte, luego de advertir que la inconstitucionalidad por omisión absoluta sería una variante radical de la categoría de sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador, AJA y GONZÁLEZ BEILFUSS reconocen que en España (también en Alemania) se produce un efecto parecido sólo en materia de derechos fundamentales y por medio del recurso de amparo, cuando la ausencia de la ley prevista constitucionalmente acarrea la subsistencia de un obstáculo que supone la vulneración del derecho fundamental¹¹⁶³.

Seguidamente los autores mencionados en último término aclaran que, sin embargo, la técnica que se utiliza para su remedio no es el control de constitucionalidad sino la protección del derecho por medio de la aplicación directa de la Constitución, aunque ello implica una urgente llamada al legislador para que proceda a aprobar la correspondiente ley¹¹⁶⁴.

1162 Cfr. “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet consultada en su momento: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES).

1163 AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, op. cit., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, p. 282.

1164 Ídem.

2. Opciones empleadas para salvar o corregir las omisiones inconstitucionales relativas

En el contexto español el T.C. ha utilizado —para suplir la omisión legislativa— una gama de opciones: v. gr., materializar “*recomendaciones*” al Legislativo¹¹⁶⁵, declarar la *inconstitucionalidad sin nulidad* (por caso, las Sentencias N^{os}. 45/1989 —ya referida— y 96/1996) y dictar *sentencias aditivas*.

En punto a estas últimas, se ha sostenido (como reiteradamente apuntáramos en este ensayo) que suelen estar conectadas con la inconstitucionalidad por omisión —relativa—, al ser causadas por el incorrecto desarrollo legislativo del asunto que se sustancia ante el aludido Tribunal y que, precisamente, es tal pretermisión 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 omisión¹¹⁶⁶.

Estas sentencias *aditivas*, que como vimos procuran superar circunstancias de *inconstitucionalidad por omisión relativa* (se ha hablado también de *discriminaciones por omisión*), se hacen patentes v. gr. en las SS.TC. N^{os}: 103/1983, sobre pensiones de viudedad ante la exclusión de los viudos varones (a la que aludiéramos *supra*); 116/1987 (amnistía de los militares profesionales de la República), en la que, ante la situación de discriminación entre civiles y militares, el T.C. procedió al reconocimiento de pensiones a funcionarios del servicio del Ejército de la República; y 222/1992, sobre subrogación arrendaticia de las parejas de hecho, ante la exclusión que éstas padecían.

MEDINA GUERRERO ha observado la existencia de algún supuesto de lo que denomina “sentencia constructiva”, refiriéndose a la STC N^o 53/1985, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad sobre el proyecto de Ley Orgánica despenalizadora del aborto, en la que se declaró la disconformidad del precepto con la Constitución “no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12”, fundamento en el que —de acuerdo con el pensamiento del autor citado— se señalan algunas garantías concretas que debían introducirse en la disposición impugnada para acomodarla al texto constitucional, operando así esta sentencia como un verdadero mandato dirigido al legislador¹¹⁶⁷.

1165 Ver cuanto dijéramos *supra* (título séptimo, capítulo II) refiriendo a TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, op. cit. “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 101-111.

1166 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 235.

1167 MEDINA GUERRERO, Manuel, “Los procesos de control de la constitucionalidad (II)”, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, Ángel, MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS,

3. Repaso de una primera etapa jurisprudencial del T.C. sobre la inconstitucionalidad por omisión

La labor que en un primer período jurisprudencial el T.C. realizó en ese campo puede sintetizarse —siguiendo a AGUIAR DE LUQUE— en las siguientes tres fórmulas surgidas de la praxis:

- Una de ellas ha sido “a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a las normas básicas”¹¹⁶⁸, 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 las Comunidades Autónomas” (a partir de la STC de 28 de julio de 1981)¹¹⁶⁹.
- Otra de las fórmulas utilizadas ha sido “ampliar la vigencia de una norma a aquellos sectores de población inicialmente no previstos por el legislador”, en los casos de omisión inconstitucional relativa —o parcial—, apuntando a garantizar operativamente el principio de igualdad ante la ley (SS.TC. N^{os} 103 y 14, sobre “el derecho a una pensión de viudedad por los varones”; y 81, relativa al pago de horas extras a los ATS varones; etcétera)¹¹⁷⁰.
- 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 LUQUE¹¹⁷¹ ha sostenido: “Se trata concretamente de las sentencias en cadena sobre la objeción de conciencia que se inician con la Sentencia 15/82, de 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 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”.

Juan Luis, *Jurisdicciones y procesos constitucionales*, 2ª ed., revis. y ampl., McGraw Hill, Madrid, 2000, p. 74.

1168 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 393.

1169 AGUIAR DE LUQUE, Luis, op. cit., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, p. 29.

1170 Ídem.

1171 *Ibid.*, p. 30.

4. Ciertos avances jurisprudenciales del T.C.

Andando el tiempo, el T.C. ha dado algunos pasos adelante en la jurisprudencia relativa al fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*. En ese sentido pueden citarse, sólo enunciativamente, los siguientes decisorios (enlazados argumentalmente con otros anteriores):

- La STC N° 67/1998 (vinculada con la STC N° 74/1997), que en lo que aquí nos interesa resaltar versaba sobre la *desprotección penal por el legislador de los hijos no matrimoniales* en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumbían y judicialmente declaradas, *exclusión que importaría discriminación por razón de nacimiento proscrita por el art. 14 de la Constitución*. Así, concluyó que el objeto de la demanda de amparo que originó la sentencia era fundamentalmente la “omisión del legislador” ya que *no era la regla expresamente contenida en el art. 487 bis del entonces vigente Código Penal la que, por sí misma y aisladamente considerada, pudiera estimarse contraria al derecho de igualdad, “sino su imperfección, por no contemplar aquello que, debiendo ser necesariamente incluido por el legislador, fue, sin embargo, omitido, ocasionando, con tal proceder, una discriminación por defecto, lesiva del derecho fundamental a la igualdad del hijo de la ahora recurrente en amparo”* (F.J. 5).
- En la STC N° 138/2005 (convergentemente con la STC N° 156/2005), el T.C. declaró inconstitucional (por indebida restricción del derecho de acceso a la jurisdicción) el art. 136 del Código Civil, que limitaba a un (1) año —a contar desde el conocimiento del nacimiento— la posibilidad de ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad. Siguiendo el camino marcado por la señora STC N° 45/1989, quebraba también aquí el *altri tempi* indestructible binomio inconstitucionalidad-nulidad, lo que consideraba procedente en atención a que “*la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión*” (el T.C. reiteraba lo dicho en las ya citadas SS.TC. N°s. 222/1992, F.J. 7; 96/1996, F.J. 22; y 235/1999, F.J. 13). Entendió que la declaración de nulidad del citado art. 136 del Código Civil, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable, además de resultar improcedente cancelar la legítima facultad del marido a ejercer la acción de impugnación de la paternidad legal. Por último y como había ya ensayado en otros casos, defirió en el legislador el trazado preciso del *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 del Código Civil, dentro de cánones respetuosos del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución).

- Y en la STC N° 120/2010, utilizando argumentos de otras decisiones recaídas en cuestiones similares a la que resolvía (v. gr., las N°s 52/2006, F.J. 3; 273/2005, F.J. 9; y la ya enunciada 55/1996, F.J. 6), el T.C. dijo encontrarse (F.J. 6) “*ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige [...] que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...] quien determine, en este caso, a la mayor brevedad, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ahora resulta vulnerado*”.

5. Inconstitucionalidad por omisión y Comunidades Autónomas (CC.AA.)

Por su parte, la materia de la inconstitucionalidad por omisión referida al *contexto autonómico* (ámbito en el que, *inter alia*, entra en juego el relevante principio de *lealtad constitucional*) ha generado inquietud en el T.C., trayendo consigo varios pronunciamientos. A continuación, mencionaremos algunos de ellos.

- La STC N° 96/1996, referida a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; y la N° 235/1999, de adaptación a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.
- Otras sentencias basadas en la inexistencia de mecanismos de colaboración entre el Estado y las CC.AA.; por ejemplo, las N°s 29/1986, sobre planes de reconversión industrial; 102/1995, en torno a la gestión de los parques nacionales; y 40/1998, sobre la Ley de Puertos del Estado. En estos casos, como apunta GONZÁLEZ BEILFUSS, los problemas de la nulidad no consisten en la ausencia de un texto normativo sobre el cual recaer, sino en que semejante declaración sólo podría empeorar la situación desde un punto de vista constitucional, razón por la cual en los mencionados supuestos el T.C. optó por el dictado de sentencias interpretativas¹¹⁷².
- Y otro grupo sentencial sustentado en la ausencia de reproducción de los requisitos básicos fijados por el Estado por parte de la legislación autonómica cuando ello resulte exigible por razones de seguridad jurídica. En tales decisiones el T.C. se

1172 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, p. 43 y nota 87 a pie de página.

ha decantado por *declaraciones de mera inconstitucionalidad (sin nulidad)*. Nos referimos a las SS.TC. N^{os} 154/1989, relativa a incompatibilidades de los miembros del Consejo de Administración de Radiotelevisión Canaria y 172/1996, sobre incompatibilidades del personal sanitario en relación con actividades docentes¹¹⁷³.

Precisamente en torno a la problemática de las CC.AA., AHUMADA RUIZ ha expresado que una de las preocupaciones centrales del T.C. en el particular se da cuando la *omisión del legislador* altera o afecta el ejercicio de competencias propias, garantizadas por la Constitución en el marco del funcionamiento del Estado de las autonomías¹¹⁷⁴.

6. Balance

A modo de balance de cierre, puede indicarse —con AHUMADA RUIZ— que las vías a través de las cuales han llegado al T.C. denuncias de comportamientos omisivos del legislador han sido, sobre todo, el *recurso de amparo* y la *cuestión de inconstitucionalidad*, aunque también han arribado casos por la vía de la *impugnación directa*¹¹⁷⁵.

Sugiere además la citada autora que últimamente a la cuestión del control de la inactividad del legislador se añade la pregunta acerca de las *eventuales vías de control del cumplimiento/seguimiento por aquel de las apelaciones del T.C. a legislar en observancia de una obligación constitucional*, incluidas en las sentencias, para lo cual —estima— no hay una respuesta unívoca, válida en todos los casos¹¹⁷⁶.

Aunque tal vez la conclusión más importante que pueda extraerse, desde el punto de vista material, radique en que el T.C. deja al descubierto que su inquietud esencial en este tema *no es la omisión en sí*, sino sus *consecuencias para la eficacia de los preceptos constitucionales*, en particular cuando de ella deriva un *menoscabo de la eficacia de los derechos fundamentales* al afectarse su ejercicio, su garantía o, en general, su disfrute en los términos contemplados por la Constitución¹¹⁷⁷; sin olvidar —claro está— la ardua cuestión de las omisiones del legislador en materia de los marcos de autonomía sobre la que ya previniéramos.

1173 Ídem, p. 43 y nota 88 a pie de página.

1174 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “La garantía de la Constitución frente a omisiones del legislador”, texto escrito presentado en una sesión académica celebrada en México en noviembre de 2012.

Hemos accedido a dicho texto por la amabilidad de su autora, quien nos lo envió en soporte informático, formato PDF (sin indicación de lugar de publicación).

1175 Ídem.

1176 Ídem.

1177 Ídem.

Otro desafío se plantea en términos de dilucidar cuál es el “remedio” adecuado en cada caso para aplicar a una situación de inconstitucionalidad generada por la inactividad del legislador o por su normatización insuficiente. A estos efectos, como apuntáramos en otro sector del trabajo, el T.C. ha acudido a diversas modalidades decisionales: sentencias *interpretativas*; dentro de éstas, decisiones *aditivas* (“*clásicas* o *puras*”); *apelaciones al legislador*; y sentencias de *inconstitucionalidad sin nulidad*.

V. Italia

1. Sumaria introducción

La Corte Constitucional (C.C.) comenzó a operar en 1956, esto es, ocho años después de la entrada en vigor de la Constitución italiana producida en 1948. Se convirtió, así, en una de las víctimas del “*congelamento costituzionale*” de la época¹¹⁷⁸.

En el período 1948-1956, la garantía jurisdiccional de la Constitución debía ser asegurada en los términos de la VII Disposición transitoria y final, por los jueces ordinarios. Estos, no obstante, al estar aún muy consustanciados con el tradicional respeto por el principio de legalidad, se mostraron renuentes a desplegar una *Judicial Review of Legislation*¹¹⁷⁹.

2. Sobre las sentencias manipulativas y, dentro de éstas, los pronunciamientos aditivos en la jurisprudencia de la C.C.

A) Un repaso retrospectivo indica que la C.C. ha actuado “llenando” los vacíos legales —a través del proceso de integración judicial—¹¹⁸⁰; y, bastante frecuentemente a partir de la década del 60, ha recurrido al dictado de “sentencias aditivas”¹¹⁸¹, en el

1178 Cfr. el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (fuente de Internet consultada en su momento: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai).

1179 Ídem.

1180 Es decir, expidiéndose sobre “il senso e le finalità del riempimento della lacuna” (cfr. MORTATI, Costantino, op. cit., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, p. 989).

Por nuestra parte, reiteramos que salvar una omisión inconstitucional no supone colmar una laguna del derecho. Omisión y laguna no son términos intercambiables.

1181 Por citar sólo un ejemplo de este tipo decisorio y siguiendo a PIZZORUSSO, traemos a colación la (ya mencionada) Sentencia N° 190, de 16 de diciembre de 1970, en la que se resolvió que la

marco de lo que se denomina la “ilegitimidad constitucional de la previsión omitida de algo que debió haber sido previsto por la ley”¹¹⁸².

En este sentido y sobre la base de lo informado por CASAVOLA, diremos que en el plano general del “*sindacato di legittimità costituzionale*” —una versión terminológica más elaborada que la de “*controllo di costituzionalità*”—, 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 art. ... en la parte en que no prevé (no contiene; no comprende; o excluye)”¹¹⁸³ [los puntos suspensivos son del original].

Apunta PIZZORUSSO que la oposición que se produjo contra dicho tipo de sentencias fue muy dura e incluso 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, el Parlamento y el Gobierno se preocuparon por traducir tales normas en textos legislativos, vencándose así las resistencias (incluso las doctrinarias)¹¹⁸⁴.

Puede decirse que dichas sentencias “aditivas” entrañan un instrumento para declarar la inconstitucionalidad de una ley, junto a las sentencias “derogatorias”, sólo que mientras que en éstas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación de voluntad *positiva* del legislador, con aquellas 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.

B) Para visualizar más claramente el problema anunciado en el párrafo anterior, traemos a colación aquí un interesante estudio de ROMBOLI, quien ha precisado

exclusión en que incurría el art. 304 bis, ap. 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 art. 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 que “excluye el derecho del defensor del acusado a asistir a los interrogatorios”, y así ha establecido 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., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, p. 260).

1182 O sea, “l’illegittimità costituzionale della omessa previsione di qualcosa, che avrebbe dovuto essere prevista dalla legge” (CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 5ª ed., CEDAM, Padova, 1984, p. 403).

1183 “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’ de *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 7, Universidad de Valencia, trad. de Remedio Sánchez Férriz y Luis Jimena Quesada, Valencia, 1994, p. 149.

1184 PIZZORUSSO, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, op. cit., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, pp. 260-261.

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 ley¹¹⁸⁵. Se refiere a las ya nombradas “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 original¹¹⁸⁶.

Dichas “decisiones manipulativas” se distinguen, a su vez, en “decisiones aditivas” y “decisiones sustitutivas” —añadimos por nuestra parte a las “reductoras”—. Las “aditivas” —como adelantábamos— hacen referencia a aquel tipo de resoluciones con las que 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 donde prevé una determinada cosa en vez de prever otra.

Las sentencias “reductoras”, por su parte, entrañan una interpretación restrictiva del radio de aplicación del precepto legal objetado para compatibilizarlo con la Constitución y, como producto del proceso hermenéutico, la disposición deja de resultar aplicable en uno o más supuestos contenidos abstractamente en su texto.

Como modelo más reciente 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”. Éstas, si bien siguen la misma técnica de las “aditivas”, difieren de ellas 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 concretos¹¹⁸⁷.

1185 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 64.

1186 Ídem.

1187 *Ibid.*, pp. 74-75.

Por tanto, el autor citado advierte en las “aditivas de principio”¹¹⁸⁸ 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 competencias¹¹⁸⁹.

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”¹¹⁹⁰, 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”)¹¹⁹¹, es decir, en los que la solución aditiva es una extensión impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional.

Dicho de otro modo, al existir sólo una solución constitucionalmente admisible no se afectaría la discrecionalidad del legislador, sencillamente porque en el caso, ésta no existe.

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 N° 243, de 19 de mayo de 1993, en la que la C.C. declaró la ilegitimidad constitucional de las disposiciones impugnadas, remitiendo a la motivación en lo que concierne a los principios y plazos de la misma¹¹⁹². Concretamente, la Corte fija en forma específica

1188 Acerca de las “sentencias aditivas de principio”, ya “no autoaplicativas”, ya “con eficacia dispositiva”, ver CELOTTO, Alfonso, por ejemplo: “Le sentenze ‘additive di principio’ non autoapplicative: una tecnica decisoria ancora da perfezionare”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, N° 3, marzo de 1999, Roma, pp. 299-304 (en referencia a la Sentencia de la Corte Constitucional N° 417, de 23 de diciembre de 1998); “Una additiva di principio ad efficacia ‘dispositiva’”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, N° 6, junio de 1999, Roma, pp. 671-674 (en relación con la Sentencia de la Corte Constitucional N° 61, de 5 de marzo de 1999).

1189 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, p. 75.

1190 CERRI, Augusto, *Corso di Giustizia Costituzionale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 246-247.

1191 CRISAFULLI, Vezio, op. cit., *Lezioni di Diritto Costituzionale*, pp. 407 y ss.

1192 ROMBOLI, Roberto, op. cit., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, 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»” (*Ibid.*, p. 76).

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 Parlamento¹¹⁹³.

3. Otras variantes de sentencias aditivas

Como se anticipara, además de las sentencias aditivas puras o clásicas y las sentencias aditivas de principio, la C.C. ha elaborado otros especímenes decisorios, por ejemplo, las “*sentenze additive di prestazione*” y las “*sentenze additive di procedura*”¹¹⁹⁴.

A) *Sentenze additive di prestazione*

Respecto de las primeras, debe advertirse que las decisiones aditivas presentan ciertas particularidades no despreciables *cuando el fragmento normativo que la Corte añade tiene la forma de adición de una prestación a cargo de los poderes públicos*.

Las *sentenze additive di prestazione* no se caracterizan tanto por la parte dispositiva (ya que se trata de aditivas no muy diferentes de la modalidad pura o clásica de éstas), sino más bien por la motivación que las sostiene. En efecto, el hecho de que el tribunal introduzca en el tejido normativo una prestación “nueva” (o, más frecuentemente, una “nueva” categoría de beneficiarios de una determinada prestación) tiene consecuencias inevitables de carácter financiero.

Aun cuando a las decisiones de la C.C. no se les aplique estrictamente la llamada “cobertura financiera” establecida en el inc. 4° del art. 81 de la Constitución (*toda ley que implique nuevos o mayores gastos deberá especificar los recursos para hacerles frente*), como sí sucede con las fuentes de matriz política, la Corte —al introducir nuevos o mayores gastos— no puede considerar a la citada disposición constitucional *tamquam non esset*, sino que se impone buscar un equilibrio entre los derechos garantizados por las prestaciones añadidas y el respeto por el principio cardinal de la correcta gestión de las finanzas públicas.

Este balance ha tenido un efecto significativo, por ejemplo, cuando la disposición sometida a escrutinio constitucional infringía el *principio de igualdad*: la falta de consideración de la situación de las finanzas públicas habría conducido a una equiparación “hacia arriba”, en el sentido de ampliar el rango de beneficiarios,

1193 Ídem.

1194 En el desarrollo de estas dos subtipologías de sentencias aditivas (“*di prestazione*” y “*di procedura*”), hemos seguido lo consignado en el documento “L’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana”, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, ya citado.

incluyendo a aquellos que, inconstitucionalmente, no habían sido contemplados; sin embargo, el equilibrio entre exigencias contrapuestas ha llevado a la Corte también a equiparaciones “hacia abajo”, a la luz de las cuales el respeto por el principio de igualdad ha sido restaurado limitando la gama de destinatarios de una prestación determinada, excluyendo así a aquellos sujetos que se encontraban en una condición asimilable a las de otros no tenidos en cuenta en la previsión legislativa.

En tren de graficar la situación con algunos casos jurisprudenciales, puede mencionarse la Sentencia N° 99 de 1995. En ésta se ha explicado que la técnica decisoria que brevemente examinamos tiene su matriz en la imposibilidad de hacer caso omiso a la existencia del límite de los recursos disponibles y que en el radio de maniobra financiera corresponde al Gobierno y al Parlamento introducir modificaciones a la legislación de gastos, cuando ello fuera necesario para mantener el equilibrio del presupuesto del Estado y alcanzar los objetivos de la planificación financiera. Por otra parte, es indiscutible que se aguarda del legislador que, en el ejercicio equilibrado de su discrecionalidad y teniendo en cuenta también las exigencias fundamentales de la política económica, pondere todos los factores jurídicamente relevantes.

De su lado y sin abandonar la premisa meramente enunciativa de esta reseña, vemos que en la Sentencia N° 476 de 2002 la C.C. detectó una *evidente omisión del legislador*. Ello así en relación con el inc. 3° del art. 1 de la Ley N° 210 de 25 de febrero de 1992, concretamente en la parte en que *no preveía una indemnización por el Estado a favor de los trabajadores de la salud* que, en ocasión y durante el servicio, hubiesen reportado daños permanentes a su integridad psicofísica resultantes de una infección contraída por el contacto con sangre y sus derivados provenientes de pacientes con hepatitis.

B) *Sentenze additive di procedura*

Una tipología relativamente reciente de sentencias aditivas elaborada por la C.C. es la de sentencias “aditivas de procedimiento”. Desde el plano estructural son asimilables a las aditivas “puras” y, en ocasiones, a las “de principio”. Lo que cambia es el *contenido de la adición*, que tiene principalmente en mira el proceso de formación de la ley objeto del juicio de constitucionalidad o, más frecuentemente, de otros actos regidos por la ley misma. Dicho de otro modo, la C.C. añade contenido normativo a disposiciones de tipo procesal, con el objeto de insertar etapas o momentos al íter de aprobación.

En general esta tipología decisoria es válida para cualquier proceso, aunque adquiere particular importancia en las relaciones entre el Estado y las regiones, ya que las *intervenciones* realizadas por la C.C. en el pasado reciente han permitido una

intensa aplicación del *principio de cooperación leal* entre los entes territoriales, lo que sugiere un alejamiento del regionalismo “dual” (originalmente propio de la experiencia italiana) a favor de una mayor coordinación entre competencias e intervenciones de los actores institucionales de los diferentes niveles de gobierno.

Algunos ejemplos de esta modalidad decisoria, que ha adquirido particular relevancia a partir de la nueva distribución de competencias legislativas y administrativas entre el Estado y las autonomías territoriales implementada por la Ley Constitucional N° 3, de 18 de octubre de 2001, pueden a modo de ejemplo encontrarse en las siguientes sentencias:

- N° 219 de 2005, que declaró la inconstitucionalidad de los incs. 76 y 82 del art. 3 de la Ley N° 350 de 24 de diciembre de 2003, *en la parte en que* al autorizar al Ministro de Trabajo a extender para el año 2004 los acuerdos con los municipios para la realización de trabajos de utilidad social y al autorizarle establecer en 2004 nuevos convenios directamente con los municipios, *no previó medio adecuado alguno para garantizar una cooperación leal entre el Estado y las regiones*.
- N° 231 de 2005, al examinar el art. 4, incs. 112 a 115, de la Ley N° 350 de 2003, declaró la inconstitucionalidad *de la exclusión de toda participación de las regiones* en la gestión del fondo especial para incentivar la participación de los trabajadores en las empresas (entre otras finalidades), violándose el *principio de cooperación leal*.
- N°s. 133 de 2006 (en relación con la Ley N° 311 de 30 de diciembre de 2004), 213 de 2006 (respecto del art. 4, incs. 29 y 30, de la Ley N° 350 de 2003) y 165 de 2007 (en la que se examinaron las disposiciones de la Ley N° 266 de 2005). En todas ellas, el denominador común fue el resguardo del *principio de cooperación leal* “*Stato-Regioni*”.

4. Algunos pronunciamientos relativamente recientes

Para complementar este señalamiento general sobre el escenario italiano, aludiremos a algunos interesantes pronunciamientos de la C.C., emitidos en fechas relativamente recientes: las Sentencias de 2007 N°s. 77 (*aditiva de principio*) y 78 (*interpretativa estimatoria*); la N° 113 de 2011 (*cercana a una aditiva para conjurar una inconvencionalidad por omisión*) y la N° 23 de 2013 (que dirige *moniti taciti* al legislador en el marco de un exagerado *self-restraint*)¹¹⁹⁵.

1195 Estas sentencias, como las mencionadas anteriormente, pueden ubicarse en www.cortecostituzionale.it.

A) *La Sentencia N° 77 de 2007*

Dictada el 5 marzo de 2007 (y registrada el 12 de marzo de ese año), puede clasificarse como una *sentencia aditiva de principio*.

Concretamente, la C.C. resolvió que el art. 30 de la Ley de 6 de diciembre de 1971, N° 1.034 (establecimiento de tribunales regionales administrativos) es *constitucionalmente ilegítimo, en la medida en que no prevé* que los efectos de fondo y de forma producidos por la solicitud presentada ante el juez carente de jurisdicción se conserven —como resultado de la declinatoria de jurisdicción— en el proceso seguido ante el juez competente.

Es interesante el pronunciamiento pues finalmente se ha afirmado la regla de la *translatio iudicii* (reintegración del juicio) entre juez ordinario y jueces especiales. Ello por medio de una nueva intervención meritoria de la Corte de Casación (tribunal supremo italiano) y la Corte Constitucional “*frente a una —enésima— inercia del legislador*”. Aquella a través de la sentencia del pleno N° 4.109 de 22 de febrero de 2007 y esta última mediante el decisorio que aquí examinamos (5 de marzo del mismo año), han intervenido con pocos días de diferencia en una temática de máxima relevancia para la efectividad de la tutela contra la Administración Pública¹¹⁹⁶.

Cabe recordar que, según apunta SANDULLI, el sistema dualista de la justicia administrativa italiana (originado por la Ley N° 2.284 de 20 de marzo de 1865, y por supuesto, luego complementado) ha creado y continúa generando delicadísimos problemas de inseguridad en orden a la individualización del juez (ordinario, administrativo, especial) competente para conocer de las controversias en las que sea parte una administración pública¹¹⁹⁷.

Convergentemente, MANGIA ha puntualizado que en el fallo en cuestión la C.C. ha impreso al sistema de justicia administrativa una transformación de importancia fundamental que, aunque preanunciada por el pensamiento científico más reciente y en gran medida preparada por la jurisprudencia de la Corte de Casación, no era del todo evidente. En esencia, la Corte Constitucional ha afirmado definitivamente el *principio de conservación* de los efectos de la petición interpuesta ante el juez carente de jurisdicción como un principio general que deriva directamente de los arts. 24 y 111 de la Constitución, lo que confiere un nuevo marco al sistema de relaciones entre el juez ordinario y el juez administrativo¹¹⁹⁸.

1196 Cfr. SANDULLI, María Alessandra, “I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla *translatio iudicii*”, en *federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato* (www.federalismi.it).

1197 Ídem.

1198 MANGIA, Alessandro, “Il lento incedere dell’unità della giurisdizione”, *Giurisprudenza costituzionale*, N° 2-2007 (www.forumcostituzionale.it).

El autor citado en último término agrega que si bien no hay duda de que la separación de jurisdicciones continúa siendo el carácter distintivo del sistema italiano de justicia administrativa, frente a la sentencia que se analiza, la impresión es que la C.C. ya no está dispuesta a tolerar la presencia en el ordenamiento jurídico de mecanismos procesales que, en homenaje al principio de separación, terminen traduciéndose en una limitación de la tutela concedida a las posiciones subjetivas reconocidas y protegidas en los arts. 24 y 113 de la Constitución¹¹⁹⁹.

En suma, ante la *ausencia de medidas legislativas* se puede apreciar que para responder a una exigencia de protección uniforme de las situaciones subjetivas sustanciales, el sistema va sedimentándose en líneas paralelas aunque no idénticas a las que poseería si el principio de unidad jurisdiccional fuese positivamente afirmado, lo que parece ser una de esas “formas inesperadas”, y hasta hace unos años insospechadas, a través de las cuales el ordenamiento jurídico mantiene su coherencia, evolucionando hacia nuevos procederes¹²⁰⁰.

Es preciso resaltar que en la parte final de la resolución, la C.C. *invita expresamente al legislador* a seleccionar la mejor manera de llenar la “laguna” que se abre en el ordenamiento, dejando a su discrecionalidad no sólo la opción de mantener los efectos ya producidos en un juicio, sino también la de regular la reasunción del juez administrativo o civil, y sobre todo la de mantener vivo el principio de que cada tribunal es juez de su propia jurisdicción o adoptar el principio opuesto seguido por el Código de Procedimiento Civil (art. 44) para la competencia¹²⁰¹.

B) Sentencia N° 78 de 2007

Dictada el 5 marzo de 2007 y registrada el 16 de marzo de ese año, de ella podría decirse que es una *sentencia interpretativa estimatoria*.

La C.C. aporta su propia interpretación al complejo tópico de las leyes de inmigración con respecto a la utilización, por parte de extranjeros sin permiso de residencia, de las medidas alternativas a la detención.

1199 Ídem.

1200 Ídem.

1201 En efecto, en el F.J. 8°, la C.C. dice textualmente: “Nel rispetto di tali limiti costituzionali, *il legislatore ordinario* —ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito— è libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.) *sulla base di una scelta di fondo a lui* soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza”.

El Tribunal dijo no encontrar espacio en el ordenamiento constitucional italiano para una incompatibilidad constitucional conceptual entre las medidas alternativas y la residencia ilegal, ya que en sí misma la falta de una licencia que permita al extranjero quedarse no era sintomática ni de una peligrosidad social particular, que sería, por lo tanto, incompatible con la búsqueda de un camino de rehabilitación a través de alguna medida alternativa; ni de la segura ausencia de un vínculo con el territorio, que garantice la aplicación efectiva de la medida en sí.

Dio forma a una *sentencia interpretativa estimatoria*, declarando la ilegitimidad constitucional de los arts. 47, 48 y 50 de la Ley N° 354, de 26 de julio de 1975 (Reglamento sobre el sistema penitenciario y sobre la ejecución de medidas privativas y limitativas de la libertad), *si se interpretan en el sentido de que el extranjero no comunitario, ingresado ilegalmente al territorio del Estado o sin permiso de residencia, sea en cualquier caso privado del acceso a las medidas alternativas previstas en aquellos*.

En torno a los efectos de las sentencias interpretativas estimatorias, afirma PEROTTI que a diferencia de las de rechazo, son generalmente considerados como vinculantes *erga omnes*. Así, desde la publicación de esta decisión, la disposición no puede aplicarse más en el sentido declarado inconstitucional por la Corte (art. 136 de la Constitución y arts. 27 y ss. de la Ley N° 87 de 1953)¹²⁰².

El autor citado en el párrafo anterior añade que el efecto práctico del pronunciamiento que referenciamos es, entonces, que el extranjero no comunitario sin autorización de residencia tiene legitimación para petitionar la aplicación de una medida alternativa, bajo las mismas condiciones que un ciudadano italiano. En otras palabras, la condición de residente extranjero irregular no puede excluir, por vía de principio, acceder a tales medidas alternativas a la detención.

C) *Sentencia N° 113 de 2011*

Muy brevemente presentado, el fallo en cuestión fue dictado el 4 de abril de 2011 (depositado el 7 de abril y publicado el 13 de abril del mismo año).

En apretada síntesis, declaró la inconstitucionalidad del art. 630 del Código de Procedimiento Penal, *en la parte en que no contempla* un caso diferente para la revisión de la sentencia o del decreto penal de condena con el fin de lograr la reapertura del proceso, cuando ello sea necesario, de conformidad con el art. 46, parágr. 1,

1202 PEROTTI, Roberto, "Commento alla sentenza n. 78 del 2007 della Corte costituzionale", *L'altro diritto*, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità (www.altrodiritto.unifi.it/sportell/078s2007.htm).

de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en aras de dar cumplimiento a una sentencia definitiva del TEDH.

Por tal razón es que antes aludíamos al presente como un caso de emisión de un pronunciamiento aditivo para corregir una *omisión inconvencional*.

D) Sentencia N° 23 de 2013

El pronunciamiento fue emitido el 11 de febrero de 2013 y depositado y publicado, respectivamente, el 14 y el 20 del mismo mes.

En el tramo considerativo de la sentencia, la C.C. argumentó en el sentido de que resultaba fundada la censura por inconstitucionalidad del art. 159, párrafo 1°, del Código Penal, insinuada por el juez *a quo*, en la parte en que prevé la suspensión del curso de la prescripción incluso ante la presencia de las condiciones establecidas en los arts. 71 y 72 del Código de Procedimiento Penal, donde se compruebe la irreversibilidad de la incapacidad del imputado de participar conscientemente en el proceso. Ello, en contraste con los arts. 3, 24, párrafo 2°, y 111, párrafo 2°, de la Constitución.

No obstante, optó por no declararlo inconstitucional para no invadir, con una sentencia manipulativa que fuera más allá de la llamada *rime obbligate*, el ámbito de discrecionalidad política reservada al legislador ordinario.

PINARDI ha criticado la técnica decisoria empleada por la C.C. ya que, de un lado, aquella no favorece un “diálogo” más productivo con el legislador y, de otro, porque la modalidad argumentativa utilizada se expone a algunas observaciones en torno a su dudosa compatibilidad con el papel que la Constitución adjudica al órgano de justicia constitucional¹²⁰³.

5. Breve epílogo

Cerramos el bloque de análisis del sistema italiano efectuando una referencia a una interesante (y en cierta medida, innovadora) aproximación formulada por PANZERA, quien ha sostenido que las técnicas decisorias de los Tribunales Constitucionales han sido desde siempre un campo fértil de investigación para el estudio de la justicia constitucional, sobre todo cuando su evolución es el resultado de una práctica muy “creativa” de aquellos órganos, como ha sucedido también en Italia. La evolución en cuestión se describe generalmente a partir de dos núcleos temáticos, que corresponden a las principales operaciones de las que se sirve el juez de la ley en su rol de “guardián”

1203 PINARDI, Roberto, “*L’inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*”, *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 1, 2013, pp. 377-383.

de la Constitución. Por un lado, la *reinterpretación* de la disposición legal impugnada (con el objeto de darle un “sentido” constitucional); por el otro, su *manipulación* (eliminando, añadiendo y sustituyendo fragmentos normativos en exceso o en defecto: reglas y, en su caso, principios)¹²⁰⁴.

El autor citado añade que tales instrumentos, que han llegado al punto de modular hasta los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, operan transversalmente respecto al tipo de pronunciamiento, sea de admisión o de rechazo, de mérito o procesal. A semejantes operaciones, de por sí sofisticadas, es hoy necesario agregar un paso más, que consiste en el peculiar fenómeno (una verdadera y propia “metatécnica”) de la *combinación* de técnicas en una única decisión (las llamadas “sentencias mixtas”). Esta última frontera de la jurisprudencia constitucional italiana, conjuntamente con otros desarrollos recientes (como la “fungibilidad” entre algunas técnicas decisorias y la aparición del denominado “canon de la flexibilidad”), lleva a repensar las tradicionales clasificaciones en la materia, también a la luz de la evolución del derecho de los ordenamientos contemporáneos, como derecho siempre menos *previsible* pero siempre más *razonable*¹²⁰⁵.

VI. Otros casos en el marco europeo

Como anunciábamos en la parte introductoria de este capítulo, para culminar este tramo del trabajo dedicaremos brevísimas líneas a otros casos que muestra el escenario europeo que, con variantes y diferentes alcances, exhiben alguna apertura a sancionar las *omisiones legislativas* que deprecian la constantemente invocada *supremacía constitucional*.

1. Francia

A) *Proemio*

Como se sabe, Francia adoptó un sistema *concentrado* de justicia constitucional, monopolizado por el Consejo Constitucional (C.C.) en la tarea de examinar la constitucionalidad de la ley.

1204 PANZERA, Claudio, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 39-46 y 289-297.

1205 Ídem.

Este órgano fue primigeniamente pensado (en 1958) como el defensor del Poder Ejecutivo contra el Parlamento. Sin embargo, fue paulatinamente mutando¹²⁰⁶ su fisonomía y radio de acción hasta cobrar una cierta importancia en su función de *garante de los derechos y libertades fundamentales*, pese a que no era precisamente éste el papel que sus mentores originarios se habían propuesto acordarle, en función del consabido recelo al “gobierno de los jueces” al que hiciéramos referencia en otro sector de este trabajo (título octavo).

B) Caracterización básica del sistema de control de constitucionalidad

Por lo demás, es casi una obviedad recordar que el paradigma tradicional de control de constitucionalidad en Francia ha sido el *control previo* de la ley (antes de su promulgación), que procede de manera exclusiva a petición de las autoridades políticas. Si la ley es declarada contraria a la Constitución, no puede ser promulgada.

A su tiempo y como adelantábamos, se modificó la Constitución de la V República Francesa de 1958, mediante la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y rige desde el 1 de marzo de 2010, sin olvidar que en el década de los noventa del siglo pasado hubo algunas iniciativas en tal sentido, que en aquel entonces naufragaron.

Elo ha supuesto infundir al sistema una *modalidad de control de constitucionalidad sucesiva o posterior* (artículo 61.1 constitucional).

Acerca de la reforma en examen, se ha sostenido: “Los jueces ordinarios pueden ahora promover cuestiones de inconstitucionalidad, si la ley aplicable al caso es contestada con el argumento de que viola alguno de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados (esas cuestiones deben pasar el filtro del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado, según la jurisdicción de que se trate). El control abstracto se combina, pues, con el control concreto. Es probable que, en el futuro, un gran porcentaje de leyes sean enjuiciadas por el Consejo Constitucional francés en el marco de las cuestiones elevadas por los jueces ordinarios, como ha sucedido en otros países europeos”¹²⁰⁷.

1206 Para compulsar una explicación acerca de *los tres momentos clave que revolucionaron la función del C.C.*, véase PINON, Stéphane, “El sistema constitucional de Francia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, julio-diciembre de 2010, “La interacción constitucional entre la Unión Europea y los Estados Miembros (I)”, Universidad de Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública, trad. del francés de Enrique Guillén López, Granada, pp. 50 y ss.

1207 FERRERES COMELLA, Víctor, “El surgimiento de los tribunales constitucionales”, en su libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 35.

Al realizar un balance sobre dicha innovación constitucional en el punto examinado, CARRILLO precisa que “el rígido filtro que podían ejercer los dos únicos órganos jurisdiccionales (*Conseil d'État y Cour de Cassation*) para plantearla no se ha producido, ni tampoco una sobrecarga de contenciosos presentados en serie”. Advierte además que “el éxito de la reforma constitucional que ha introducido la QPC, depende de los criterios de aplicación que establezcan los dos únicos órganos jurisdiccionales legitimados para plantearla ante el Consejo Constitucional. Porque si en el futuro se mostrasen muy restrictivos y puesto que su decisión sobre la admisión no es recurrible, el filtro ejercido por el Consejo y la Corte, podría conducir a un control difuso de constitucionalidad por parte de ambas jurisdicciones supremas en Francia”¹²⁰⁸.

Finalmente, puntualiza que “[c]on la incorporación de la QPC al proceso constitucional francés, el Consejo Constitucional, que hasta la reforma de 2008 ocupaba una posición secundaria en las instituciones de la V República, ha ganado en legitimidad ya que ahora es la verdadera jurisdicción de los derechos y libertades en demérito de la jurisdicción administrativa, el Consejo de Estado, y de la jurisdicción civil y penal, la Corte de Casación”¹²⁰⁹.

C) La QPC y el control de constitucionalidad posterior

En la línea indicada y al menos desde el plano normativo, el advenimiento de la QPC (y el control de constitucionalidad *posterior* que motoriza) implica un acrecentamiento de las posibilidades de protección de los derechos fundamentales¹²¹⁰, ya que además de que ésta continúe enraizada en los instrumentos internacionales, a esos efectos se puede hoy también alegar directamente la propia Constitución.

1208 Cfr. CARRILLO, Marc, “Cuestión prejudicial y recurso de amparo en Europa: últimas reformas”, exposición brindada en la Conferencia Internacional de Derecho Constitucional “El Estado Constitucional de Derecho”, organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Capítulo El Salvador) y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 5 a 7 de diciembre de 2011.

Hemos accedido al texto escrito del trabajo gracias a la gentileza de su autor, quien nos lo envió en soporte informático (formato Word).

1209 Ídem.

1210 Por citar sólo un caso al simple efecto ilustrativo, se observa que al tratar una QPC y pronunciarse acerca de una petición de inconstitucionalidad de dos preceptos del Código Civil que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Consejo Constitucional resolvió que según la Constitución (art. 34), correspondía al legislador reglar el estado y la capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales y, en general, los asuntos de familia. Añadió que la estipulación del matrimonio sólo entre un hombre y una mujer no afectaba el desarrollo de la vida personal y familiar, pues existían en Francia otras figuras legales que permitían y regulaban la convivencia entre personas de un mismo sexo, como la ley que estableció el “Pacto de Solidaridad”. Señaló además que, por mandato constitucional, era competencia del Parlamento elegir el sistema más adecuado para la plena realización de las personas que tenían preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo (C. 9, 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011).

Una vez sometido el conflicto normativo a la decisión del C.C., éste debe pronunciarse sobre la QPC dentro de un plazo de tres (3) meses. Si concluye que la norma es contraria a la Constitución, la resolución posee efectos *erga omnes*. En tal supuesto, la disposición en cuestión es expulsada inmediatamente del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo cual —y *para evitar las consecuencias nocivas que el vacío normativo pudiera engendrar*— el C.C. puede modular temporalmente los efectos de su pronunciamiento, por ejemplo, emitiendo previsiones transitorias para permitir que el legislador dicte una reforma para remediar la inconstitucionalidad.

D) *Alguna proximidad con las omisiones inconstitucionales del legislador*

Como advierte ROUSSEAU, el C.C. ha declarado contrarias a la Constitución ciertas disposiciones de determinadas leyes que habiendo anulado las de una ley anterior, *no aporten garantías equivalentes para el ejercicio de los derechos constitucionales*¹²¹¹.

Asimismo, aquel órgano puede determinar que una ley es contraria a la Constitución si el legislador “*ha actuado por debajo de su competencia*, sin haber aportado a la ley suficientes precisiones”¹²¹².

Justamente en su clásico rol de “ordenador de los poderes públicos”, el C.C. sanciona las *omisiones del legislador*, que consisten en no aclarar suficientemente las condiciones de ejercicio de un derecho, o en la remisión a la potestad reglamentaria para que sea ésta la que fije la norma en su lugar¹²¹³.

En particular, se exige del legislador que adopte “disposiciones suficientemente precisas y fórmulas no ambiguas”, con el fin de “proteger a los sujetos de derecho contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, sin remitir a las autoridades administrativas o jurisdiccionales el cometido de establecer normas cuya determinación sólo se confió por la Constitución a la ley” (DC, 15 de noviembre de 2007, “Ley relativa al control de la inmigración, a la integración y al asilo”)¹²¹⁴.

2. Polonia

A) *Introito*

La actual Constitución de la República de Polonia fue sancionada el 2 de abril de 1997 por la Asamblea Nacional, aprobada en el referéndum constitucional de 25 de mayo de ese año y en vigor desde el 17 de octubre del mismo.

1211 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.

1212 Ídem.

1213 PINON, Stéphane, op. cit., “El sistema constitucional de Francia”, p. 26.

1214 Ídem.

Entre otros enunciados constitucionales de importancia, el art. 8 es significativo en tanto consagra la *supremacía y la aplicación directa de la Constitución*, como parte de los principios fundamentales sobre los que se erige el ordenamiento jurídico polaco.

B) Acerca del modelo de control constitucional

En relación con las vías y modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad, se aprecia que¹²¹⁵:

- La inspección de constitucionalidad puede ser, según corresponda, *preventiva o posterior*.
- La primera de tales modalidades se consagra, v. gr., en el art. 122, ap. 3°, pudiendo ser activada por el Presidente de la República para constatar la compatibilidad de las leyes con la Constitución.
- El control *sucesivo o posterior* puede ser *abstracto* en relación con un acto normativo cualquiera, de acuerdo con los arts. 188 y 191, ap. 2°; a su tiempo, el art. 193 contempla la posibilidad de que cualquier órgano de justicia se dirija, *incidentalmente*, al Tribunal Constitucional, por medio de un juicio de conformidad constitucional directo, para determinar *in abstracto* la compatibilidad de una disposición (necesaria para dirimir el proceso) con la Constitución; y el art. 79 prefigura la facultad de todo ciudadano afectado por un acto del Poder Público violatorio de sus derechos fundamentales, de plantear ante el Tribunal Constitucional la *cuestión concreta*.
- El art. 190, ap. 1°, determina que las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen fuerza generalmente *obligatoria*¹²¹⁶; mientras que el ap. 3° de idéntico precepto acuerda al Tribunal la atribución *modulatoria* de los efectos de sus sentencias, permitiéndole *diferir en el tiempo la eficacia de los mismos*.

En cuanto al tema que particularmente nos interesa resaltar aquí, se observa que el Tribunal Constitucional *puede declarar de oficio o a solicitud de los*

1215 Ver para ampliar, VECCHIO, Fausto, op. cit., “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, pp. 194-196.

1216 Para captar la relevancia de la disposición en cuestión debe repararse en que ella plasma una toma de distancia del sistema respecto de la experiencia del régimen comunista, en cuyo marco las sentencias de inconformidad de las leyes con la Constitución *eran sometidas al control de la Dieta* (ver POLICASTRO, Pasquale [coord.], “Costituzione della Repubblica Polacca del 2 aprile 1997”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, N^{os}. 121-122, Trimestres 3 y 4, Anno 1998, p. 199; aludido por VECCHIO, Fausto, op. cit., “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, p. 194, nota 60 a pie de página).

*ciudadanos, instrumentada a través de quejas o reclamaciones, que la falta de ley en determinados ámbitos vulnera o dificulta la realización de los derechos consagrados constitucionalmente*¹²¹⁷.

1217 ROUSSEAU, Dominique, op. cit., *La justicia constitucional en Europa*, p. 66.

TÍTULO DECIMOSEXTO

**ANÁLISIS DE LAS
EXPERIENCIAS EN EL
DERECHO COMPARADO (V).
IMPLEMENTACIÓN POR
VÍA JURISPRUDENCIAL (II):
AMÉRICA**

I. Anuncio del radio de cobertura de la presente parte del trabajo

Huelga recordar que en ninguno de los escenarios jurídicos que se visitarán en este segmento de la investigación existen disposiciones que de modo expreso institucionalicen una acción de inconstitucionalidad por omisión o similar, lo que hace que los aportes jurisprudenciales resulten, en líneas generales, de gran utilidad incluso para forjar prospectivamente alguna normatización en tal sentido.

Retratemos el estado de la cuestión en las visiones de los máximos órganos de justicia constitucional de diversos países americanos, anticipando que naturalmente la densidad y la textura de las aportaciones provenientes de ellos resultan cualitativa y cuantitativamente diferentes.

Son mucho más intensas y evolucionadas en Colombia (capítulo I) y Perú (capítulo II), a partir de las elaboraciones y construcciones que se verifican en las correspondientes praxis de la Corte Constitucional de aquel país y el Tribunal Constitucional de éste.

Por su parte, se observa un interesante y señero precedente en la Corte de Constitucionalidad guatemalteca que ha dado un atractivo paso adelante en la materia (aunque con algún titubeo posterior). También, un movimiento receptivo en la Suprema Corte de Justicia mexicana sobre todo por conducto de las controversias constitucionales y en cierta medida de las acciones de inconstitucionalidad, aunque dicho Tribunal sigue mostrándose refractario a admitir la viabilidad del amparo para corregir omisiones legislativas en el ámbito federal. Por contrapartida, siempre en el contexto mexicano, se aprecian promisorios avances en el plano del control sobre las pretericiones inconstitucionales por parte de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Existen también signos positivos en la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, siendo ya más tenues determinadas manifestaciones en el Tribunal Constitucional chileno. Puede por último contabilizarse algún precedente aislado en la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. En síntesis, el capítulo III concentrará las alusiones a Guatemala, México, Chile, El Salvador y Nicaragua.

Aun cuando somos plenamente conscientes de las diferencias de fondo y forma que la justicia constitucional norteamericana tiene respecto de muchos de los espacios jurisdiccionales latinoamericanos, hemos decidido incluir una breve reseña a modo de muestra de lo que sucede en EE.UU. respecto de las inercias legislativas (capítulo IV).

CAPÍTULO

I

COLOMBIA

I. Presentación

Sin perjuicio de que en Colombia no exista norma constitucional alguna que expresamente se refiera a la inconstitucionalidad por omisión, la Corte Constitucional (C.C.) 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 el propósito de la presente reseña ilustrativa de las experiencias del derecho comparado en relación con el control de las pretermissiones inconstitucionales.

Sólo nos permitimos recordar, en tanto útil para ubicarnos en el tema, que el artículo 241 constitucional confía a la C.C. la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, estableciendo en el numeral 4° que 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 num. 5° de dicho artículo faculta al Tribunal para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley emitidos por el Gobierno con fundamento en los arts. 150, num. 10, y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. A su tiempo, el art. 243, *Ibid.*, 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 N° 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (primordialmente sus arts. 43 a 49); del Decreto N° 2.067 de 1991¹²¹⁸, 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 N° 01 de 1992, adicionado por los Acuerdos N°s. 03 y 04 de 1992,

1218 Ilustrativamente mencionamos que el art. 24 de dicho Decreto establecía:

“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 disposición (y otras del mismo Decreto) fue declarada *inexecutable* por la Sentencia N° C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía).

de nuevo codificado por el Acuerdo N° 05 de 1992, y posteriormente adicionado y modificado por los Acuerdos N°s. 01 de 1995, 01 de 1996, 01 de 1997, 01 de 1999, 01 de 2000, 01 de 2001, 01 de 2004, 01 de 2007 y 01 de 2008.

Por otra parte, no se nos escapa la existencia del artículo 87 constitucional, que consagra la acción de cumplimiento¹²¹⁹ en los siguientes términos: “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 N° 393 de 1997, aunque no corresponde soslayar un importante antecedente vinculado con la mencionada acción: nos referimos a la Ley N° 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 los actos administrativos que tuvieran relación directa con la protección y la defensa del medio ambiente (concretamente, en los arts. 77¹²²⁰ a 82 de dicha legislación, que fueron totalmente derogados por el art. 32 de la aludida Ley N° 393 de 1997).

Pasemos, sin más preámbulos, a reseñar los antecedentes jurisprudenciales que anunciábamos.

II. Relevamiento de algunos precedentes jurisprudenciales¹²²¹

1. Sentencia N° C-543/1996

A) En este pronunciamiento, de 16 de octubre de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se fijaron algunas pautas relativas a la “omisión legislativa” en cuanto a su concepto, naturaleza y clases.

1219 La incluimos expresamente en la presente referencia preliminar por cuanto a ella alude, también de manera explícita, uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que *infra* será examinado. Nos referimos a la Sentencia N° C-1.064 de 2001, en cuyo subap. 3.1.2.4. del voto mayoritario puede leerse, entre otras cosas, 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.*

1220 Precisamente en el art. 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”.

1221 En principio, seguiremos un orden cronológico en la exposición de la línea jurisprudencial seleccionada. Cuando ello no sea así, el abandono de tal encadenamiento secuencial 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.

Las sentencias aquí mencionadas pueden compulsarse en el sitio www.corteconstitucional.gov.co.

Ello en el marco del Expediente D-1.286, donde se ventilaba una demanda de inconstitucionalidad articulada por el ciudadano H.A.M.H. (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 C.C. afirmó que existía una omisión legislativa, cuando el legislador no cumplía 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 podía violar de las siguientes maneras los deberes que le imponía la Constitución:

- Cuando no producía ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le había impuesto la Constitución.
- Cuando en cumplimiento del deber establecido por la Constitución, favorecía a ciertos grupos, perjudicando a otros.
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en manera expresa o tácita, excluía a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorgaba al resto.
- Cuando el legislador al regular o construir una institución omitía 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 pretería 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 N^{os}. 545/1994, 555/1994, 108/1994, 473/1994, 247/1995, 70/1996, entre otras.

Igualmente, recordó que en los casos donde había encontrado vacíos legislativos hizo “exhortaciones” al Congreso para que expidiera la ley que desarrollara 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 evocaba lo dispuesto en las Sentencias N^{os}. 90/1992, 24/1994, 473/1994, 285/1996, *inter alia*.

Ya en punto a la específica cuestión sometida a su juzgamiento, estimó que la acción pública de inconstitucionalidad, si bien permitía realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autorizaba la fiscalización de lo que el

legislador genéricamente había omitido, conforme a las directrices constitucionales. Añadió que las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias estaban sujetas a un control que escapaba 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 Constitución¹²²². Por esta razón, detalló que *había que excluir de esta forma de control el que se dirigía a evaluar las omisiones legislativas absolutas, pues si no había actuación, no había acto que comparar con las normas superiores ni acto que pudiera ser sujeto a control.*

De ello desprendió como conclusión (en el voto que podríamos calificar de “mayoritario”) que *carecía 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 Caballero¹²²³ en la que, si bien coincidieron con la conclusión mayoritaria en cuanto a la procedencia de la decisión 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 en general coincidimos— 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 reflexiones, dejaron sentado que no era válida la afirmación esencial de la sentencia, de acuerdo con la cual la Constitución sólo preveía control sobre las actuaciones del legislador y no sobre sus omisiones absolutas pues, en determinados casos, éstas podían implicar una violación de la Carta, que no podría la Corte dejar de controlar, ya que le correspondía la guarda de la integridad y la supremacía constitucionales (num. 8°).

1222 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 arts. 87 y 88 de la Carta. En consecuencia, peticionó a la Corte que señalara un plazo razonable al legislador para reglamentar las normas constitucionales cuya efectividad solicitaba por vía de la acción pública de inconstitucionalidad impetrada, “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”.

1223 Existió, asimismo, una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

Para sintetizar, a continuación sólo transcribiremos (por su contundencia léxica y semántica) uno de los tramos conclusivos del voto aclaratorio de los citados magistrados. Ellos dijeron que:

“[L]a 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 (C.P. art. 4), la definición de Colombia como Estado social de derecho (C.P. art. 1) 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 (C.P. art. 241 ord. 4)” (num. 13).

2. Sentencia N° C-080/1999

Tal resolución fue emitida el 17 de febrero de 1999, en el Expediente D-2.133 (actor: G.D.L.; M.P. Alejandro Martínez Caballero). Tal vez puede ser considerada como un ejemplo de “sentencia aditiva”, aunque el Tribunal la rotuló como “*sentencia integradora*”. Pasaremos a efectuar una breve referencia al decisorio.

Los arts. 174 del Decreto N° 1.212 de 1990 y 125 del Decreto N° 1.214 del mismo año, establecían que las pensiones que se otorgasen 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 extinguían cuando los hijos llegaran a la edad de veintiún (21) años, pero en el caso de que siguieran estudiando, el término se prolongaba hasta la edad de veinticuatro (24) años. En cambio, en relación con los agentes de la Policía Nacional, el art. 131 del Decreto N° 1.213 de 1990 no preveía la hipótesis del hijo que estudiaba, por lo cual se entendía que la pensión se extinguía para los hijos cuando llegaran a los veintiún (21) años, incluso si se encontraban adelantando una formación académica.

El núcleo de la cuestión por resolver consistía en dilucidar si existía un trato discriminatorio por parte de la normativa en cuestión en detrimento de los hijos de los agentes. A tal temática la Corte respondió afirmativamente pues en relación con la pensión de sobrevivientes, los hijos de los agentes se encontraban en la misma situación que los hijos de los oficiales, los suboficiales y el personal civil de la Policía, por lo cual no existía ninguna razón que justificara que en un caso las disposiciones señalaran que la pensión se prolongaba hasta los veinticuatro (24) años, si el descendiente estudiaba y dependía del causante, mientras que esa posibilidad no estaba 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 N° C-109/1995) —F.J. 15—.

En síntesis, declaró exequible la expresión “y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años” del inc. 1° del art. 174 del Decreto N° 1.212/1990 y del inc. 1° del art. 125 del Decreto N° 1.214/1990. Asimismo, hizo lo propio con el art. 131 del Decreto N° 1.213/1990, condicionando su exequibilidad a que el derecho a la pensión de sobreviviente de los hijos de los agentes que estudiaran y dependieran económicamente de la persona fallecida se extinguiera a la edad de veinticuatro (24) años.

Ello en virtud del principio de igualdad establecido en el artículo 13 constitucional, en función de cuya aplicabilidad inmediata (sustentada en la fuerza normativa de la Constitución), decidió que la sentencia tuviera efectos retroactivos a partir del día 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la actual Ley fundamental. En consecuencia, los hijos mayores de veintiún (21) años y menores de veinticuatro (24), 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.

3. Sentencia N° C-843/1999

En tal pronunciamiento, de 27 de octubre de 1999 (actor: M.A.R.G.; M.P. Alejandro Martínez Caballero), emitida en el marco del Expediente D-2.348, la Corte declaró la inexecutable del art. 26 de la Ley N° 491/1999 (normativa por la que se establecía el seguro ecológico e —*inter alia*— se modificaba el Código Penal), y decidió hacer “un llamado 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 art. 26 de la Ley N° 491/1999, desconociendo su verdadero alcance e ignorando lo dicho en las Sentencias N°s C-320 y C-674 de 1998 de la Corte, que previamente habían estudiado la norma encontrándola ajustada al Texto superior.

4. Sentencia N° C-867/1999

En la Sentencia en cuestión, proferida el 3 de noviembre de 1999, en el Expediente D-2.336 (actor: R.B.M.; M.P. 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 “dentro de su autonomía legislativa regule, si lo considera conveniente, las conductas específicas” citadas por el demandante y la consecuencia que se derivaría cuando se incurría en ellas.

Recuérdese, ilustrativamente, que el accionante entendía que el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, en cuanto no tipificaba como gravísimos los crímenes de lesa humanidad cometidos por miembros de las Fuerzas Militares, violaba los arts. 2, 4, 13, 14, 22, 93, 214.2 y 228 de la Constitución Política; 1, 12 y 16 de la DUDH; 4, 8, 11 y 25 de la CADH; 2.1, 9, 14 y 17 del PIDCP; 16 de la CETFDPCM; 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*¹²²⁴.

5. Sentencia N° C-956/1999

En el Expediente D-2.344 tramitaba la demanda de inconstitucionalidad deducida por J.L.P.A. contra el art. 151, parcial, de la Ley N° 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, y el art. 327, parcial, del Decreto N° 2.700 de 1991 “por el cual se expiden normas de Procedimiento Penal”.

Al respecto, la Corte pronunció la Sentencia N° C-956, el 1 de diciembre de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), en la que luego de recordar que la omisión legislativa podía determinar la procedencia del control constitucional abstracto por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad (al modo como lo indicara en la Sentencia N° C-132/1999¹²²⁵), reiteró que ello era así cuando el cargo consistía en la omisión

1224 Medió una aclaración de voto por parte del magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

1225 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

de carácter relativo en que habría podido incurrir el legislador en un determinado precepto o regulación (de acuerdo con lo establecido en las Sentencias N^{os}. 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 consideraba que el juez constitucional carecía 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 N^o C-543 de 1996¹²²⁶.

En concreto, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió declarar exequible el inc. 2^o del art. 151 de la Ley N^o 200 de 1995 “por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”, en lo referente al cargo por violación al ordenamiento superior analizado; y hacer lo propio con el inc. 2^o del art. 327 del Decreto N^o 2.700 de 1991 “por el cual se expiden las normas de procedimiento Penal”, exclusivamente en lo relacionado con la acusación constitucional examinada en el decisorio en cuestión.

6. Sentencia N^o C-1.433 de 2000

A) Romperemos aquí la línea cronológica pues la presente sentencia y la siguiente tienen que ser tratadas sucesivamente en función de su atinencia temática.

En los Exptes. N^{os}. D-2.780 y D-2.804, en los que tramitaban sendas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N^o 547 de 1999 y cuyos actores eran, en cada caso, R.I.J.M. y O.M.N. —acciones independientes acumuladas al efecto mediante decisión de 26 de enero de 2000—, la Corte profirió la sentencia del epígrafe el 23 de octubre de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

B) El nudo del problema que la Corte debía definir giraba en torno a si resultaba viable o no la pretensión dirigida a que se declarara inexecutable el art. 2 de la Ley N^o 547/1999, 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 (2) 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

1226 Conceptos que, según la propia Corte refiere, fueron reiterados en la Sentencia C-675 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Constitución y, específicamente, de los arts. 53¹²²⁷ y 150, numeral 19 literal e)¹²²⁸, así como del art. 4 de la Ley 4^a de 1992¹²²⁹.

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 permitieran tener un mínimo vital coherente con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. Asimismo, sostuvo que la exigencia de dicho deber surgía:

“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 (art. 1); 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 (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 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 (art. 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” (cfr. ap. VI: “Consideraciones y fundamentos”, subap. 2.7).

D) Sintetizando, el Tribunal decidió en el voto mayoritario:

- Que en el art. 2 de la Ley N° 547 el Congreso incurrió en el incumplimiento de un deber jurídico emanado de las normas constitucionales señaladas anteriormente y, específicamente, de los arts. 53 y 150, numeral 19, literal e), así como del art. 4 de la Ley 4^a de 1992.

1227 Referido al estatuto del trabajo a expedir por el Congreso y los principios mínimos fundamentales que la ley debería tener en cuenta.

1228 Relativo a la función del Congreso de dictar leyes (y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno) para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y la Fuerza Pública.

1229 Se trata de la ley que contenía los objetivos y criterios conforme a los cuales el Gobierno debía determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

- Declarar la exequibilidad del nombrado artículo (2 de la Ley N° 547), salvo en cuanto se omitió el mencionado deber jurídico, en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos por el año 2000, en lo cual era inexecutable.
- 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 Galvis 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 concretaba (en el consid. 2.11) cuando expresó 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”, pues (siempre en la percepción de Tafur Galvis) cabría inquirir si el incumplimiento de ese deber, concretado en el acto de formulación del proyecto de presupuesto, conducía fatalmente a un vicio de inconstitucionalidad de la ley que lo adoptaba, o debía corregirse mediante otro tipo de sanción jurídica (ap. 1, párrafo 5°, 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, [...] 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” (ap. 4 del voto).

7. Sentencia N° C-1.064 de 2001

A) Fue proferida en el Expediente N° D-3.449, en el que discurría la demanda de inconstitucionalidad (articulada por A.J.S.) contra el art. 2, parcial, de la Ley N° 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 1 de enero al 31 de diciembre de 2001”; es decir, una cuestión con aristas similares a la resuelta en la sentencia recientemente referida, esto es, la N° C-1.433 de 2000.

El pronunciamiento fue emitido el 10 de octubre de 2001 y tuvo como MM.PP. a Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño¹²³⁰.

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 2) 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 1 de enero de 2001?” (cfr. subap. VII.2. del voto mayoritario).

Admitió que existían algunas similitudes entre este proceso y el que culminó con la Sentencia N° C-1.433 de 2000, ya que en ambos casos se presentaron cargos de inconstitucionalidad semejantes (recuérdese que en aquel se demandó la Ley N° 547 de 1999 —ley anual de presupuesto del 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” —subap. 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 (id. subap.).

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

1230 Cabe advertir, no obstante, que la elaboración del proyecto de sentencia correspondió originariamente a la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, pero luego del debate 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, Dres. 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.*”

debía analizar, debiendo tomarse en consideración que la ley de presupuesto tenía una vigencia anual, necesariamente distinta de la de años anteriores y, por lo tanto, el monto apropiado por el Gobierno nacional en la Ley N° 628 para cumplir con los gastos incluso en materia de funcionamiento era diverso del señalado en la Ley N° 547 (subap. 3.1.2.1. del voto de la mayoría).

Luego de advertir que el contexto normativo en el que se expidieron una y otra leyes había cambiado apreciablemente (subap. 3.1.2.2.), detalló que cuando se pretendía afirmar la existencia de cosa juzgada material era 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, reproducía su contenido normativo, lo cual era imposible cuando lo que se alegaba era una omisión del legislador, pues en ese caso no había un contenido material propio que sirviera como término de comparación¹²³¹. Una omisión carecía de contenido normativo y, por eso, era considerada ausencia de regulación de una materia determinada (subap. 3.1.2.3.).

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

Finalmente y luego de una extensa fundamentación, declaró la exequibilidad del art. 2 de la Ley N° 628 de 2000, en los términos del condicionamiento precisado en el numeral 6.2 de la sentencia, es decir:

1231 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 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 1° del Decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5° 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 [a] aquella que el actor decía se había omitido. De ninguna manera se aceptó aquí la procedencia de la cosa juzgada material ante omisiones legislativas”.

“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 (art. 53, en concordancia con los arts. 1, 2, 13, etc. 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 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[n] 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, existió un firme salvamento de voto por parte de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, 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 N° 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 inexequibilidad del art. 2 de la Ley N° 547 de 2000, únicamente en cuanto el legislador incurrió 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, cfr. el subap. 3.1.3. del voto salvado:

“a. Tanto en el proceso que culminó con la sentencia C-1433 de 23 de octubre de 2000, como en el proceso D-3449 que culminó con la sentencia C-1064 de 10 de octubre de 2001, fueron demandadas las leyes de presupuesto nacional para los años 2000 y 2001, en cuanto en el artículo 2° 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 de 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 de 10 de octubre de 2001, se desconoció la cosa juzgada material con respecto a lo resuelto en la sentencia C-1433 de 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 de 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 el año 2000 y para el año 2001.

“– Sin embargo, las decisiones contenidas en las sentencias C-1433 de 2000 y C-1064 de 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 2° 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 2° 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 tenían contenidos normativos concretos. Sobre el particular, dejaron expresado (subap. 3.1.4.) que:

“[C]uriosamente 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 (art. 457 del C.P.P.). 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 1° del Decreto 390 de 1991, que fue a su vez adoptado como legislación permanente por el artículo 5° 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:

“[E]n 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”.

8. Sentencia N° C-007 de 2001

En la Sentencia de mención, plasmada en el Expediente D-3.032 (actor: J.E.P.P.; M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y emitida el 17 de enero de 2001, se planteaba —*inter alia*— la inconstitucionalidad del numeral 6 del art. 140 del Código Civil, que establecía que el matrimonio era 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 puede ser considerada *interpretativa manipulativa*) que existía un vacío legal en tal disposición, negándose al hombre la posibilidad de convalidar el vicio del consentimiento derivado del secuestro, lo que resultaba discriminatorio y, por ende, inconstitucional. Tal contradicción con la Norma superior no surgía simplemente de lo que la disposición decía, sino de lo que dejaba de expresar, pues se trataba de un caso de *inconstitucionalidad por omisión relativa*.

Empero razonó que si retiraba del ordenamiento jurídico la expresión “de la mujer”, la disposición quedaría sin el sujeto titular del derecho a pedir la nulidad del matrimonio o de convalidar el vicio del consentimiento, por lo que juzgó más conveniente no decidir la inexequibilidad pura y simple de la norma, sino emitir 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 (id. subap.).

9. Sentencia C-075/07

Fue dictada el 7 de febrero de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). El problema jurídico que enfrentaba la C.C. consistía en determinar si la ley, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, violaba los derechos fundamentales a la igual protección, al

respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Al analizar el tema, la C.C. determinó la existencia de un “*déficit de protección*” plasmado a través de una *ausencia de previsión legislativa* en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales, lo que llevó al Tribunal a concluir que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, era *exequible* “en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales”¹²³².

Se trata de un decisorio importante porque, hasta donde alcanza nuestra información, es el primero en el que la C.C. aplicó con efectos trascendentales la doctrina del *déficit de protección*, que en puridad es una manera de calificar la *omisión del legislador* que se cristaliza al *dejar* de resguardar derechos.

Cabe recordar que el citado tema del *déficit de protección* fue mencionado *supra*, al momento de tratar la Sentencia C-577/11, dictada por la Sala Plena de la C.C. el 26 de julio de 2011.

10. Sentencia C-728/09

A) Fue pronunciada el 14 de octubre de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

El Tribunal delimitó de la siguiente manera el problema jurídico que debía abordar: si el legislador, al establecer en el art. 27 de la Ley 48 de 1993 dos hipótesis en las que se estaba exento de prestar el servicio militar en todo tiempo, *incurrió en una omisión legislativa relativa contraria a la igualdad* (art. 13 de la Constitución), *la libertad de conciencia* (art. 18, *Ibid.*) y *la libertad de cultos* (art. 19, *Ibid.*), *por no incluir a los objetores de conciencia*.

La mayoría del Tribunal (Sala Plena) declaró *exequible* el art. 27 de la Ley 48 de 1993, es decir, juzgó que *no existía omisión inconstitucional legislativa relativa*¹²³³.

1232 Mediaron un salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería; una aclaración conjunta de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla; y, por último, una aclaración de voto del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

1233 Salvaron su voto, de modo conjunto, los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. Contrariamente a la mayoría, ellos consideraron que la Ley 48 de 1993 sí incurrió en una *omisión legislativa relativa* al no haber incluido en el art. 27 a aquellas personas que se negaran a prestar servicio militar obligatorio cuando éste conllevaba para ellas actuar en contra de su conciencia o de sus creencias, con lo que se avaló un trato discriminatorio a un grupo de personas constitucionalmente

Paralelamente, *exhortó al Congreso de la República para que —a la luz de las consideraciones contenidas en la sentencia— regulara lo concerniente a la objeción de conciencia frente al servicio militar.*

B) Más allá de la cuestión puntual que debía examinar, nos interesa destacar aquí específicamente ciertas disquisiciones que la C.C. efectuó (reenviando a su propia jurisprudencia) en torno a las *omisiones legislativas relativas y también respecto de las absolutas.*

Acerca de la primera categoría, *omisión legislativa relativa*, rememoró el concepto que había plasmado por ejemplo en las Sentencias C-041 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-528 de 2003 (que tuvo al mismo M.P.) y C-1009 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Básicamente, recordó que aquella categoría se da “cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica [... que] se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas —específicamente por razones constitucionales— debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente” (cfr. ap. VI: “Consideraciones y fundamentos”, pto. 4: “La omisión legislativa”, subap. 1, del fallo que referimos).

Asimismo, evocó que debían darse los siguientes supuestos para que se presentara una *omisión legislativa contraria a la Constitución*: “**a)** que exista una norma sobre la cual se predica; **b)** que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; **c)** que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; **d)** que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma; y **e)** que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”. Ello surge, por ejemplo, de las Sentencias C-427/00 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-809/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnett).

A los efectos de nuestro estudio, es muy significativo ver cómo ha ido variando la jurisprudencia que inicialmente *identificaba la omisión inconstitucional relativa con la violación al principio de igualdad*, partiendo de que el presupuesto básico de dicha omisión consiste en que el legislador regula una materia, pero lo hace de manera parcial porque no cobija a todos aquellos supuestos que, por ser análogos a los regulados, deberían quedar incluidos en la regulación.

protegido y se desconoció la especial reserva en materia de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.

Precisamente en el decisorio que anotamos, la C.C. advierte que, desde una perspectiva más amplia, ha señalado que *“la omisión legislativa, de manera genérica, también ocurre cuando se deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de una determinada materia, aun cuando de ello no se desprenda un problema de igualdad”* (ver Sentencias C-185 de 2002 y C-891 de 2006; en ambas, el M.P. fue Rodrigo Escobar Gil).

En ese sentido, pueden darse omisiones relativas que se configuran respecto *“del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar y su actuación sería ‘imperfecta o incompleta’”* (v. gr., Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En las Sentencias C-408 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-891 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la C.C. dejaba en claro que *“dentro de la configuración jurisprudencial del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas las referencias a los derechos a la igualdad y al debido proceso, permiten ilustrar situaciones en las cuales las mismas se presentan con relativa frecuencia, sin que de ello se desprenda una restricción al ámbito de aplicación de la figura”*.

En esa línea, la C.C. estima que ya no es necesario establecer una afectación del derecho de igualdad para que pueda predicarse la existencia de una omisión legislativa relativa, bastando con acreditar que —en relación con la materia objeto de regulación— resultaba *“imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido, sin que para ello sea preciso establecer, ni una identidad en las situaciones fácticas, ni la exigencia de una identidad en la regulación legal que les resulte aplicable”*.

En la Sentencia C-208 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la C.C. dejó establecido que en supuestos como el indicado en último término bastaría con acreditar que en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se consideraba omitido, evento en el cual *“también sería posible señalar que el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, por no incorporar una previsión cuya inclusión resultaba imperativa a la luz de la Constitución, y que por consiguiente existe una inconstitucionalidad que proviene de dicha omisión”*.

C) En torno a la segunda categoría de omisiones —absolutas— y la imposibilidad de efectuar control de constitucionalidad a su respecto, el pronunciamiento que referimos centralmente en este punto reenvía a lo sostenido por la C.C. en la Sentencia C-543 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y, entre otras, las Sentencias C-246 de 2001

(M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-739 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-041 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Particularmente, se determina 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 [...] Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”*.

De cualquier modo, ello no ha impedido que en diversas ocasiones la C.C. haya recurrido a los *exhortos al legislador* (a los que refiriéramos en otro sector del trabajo), para que en un plazo razonable “expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales”.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con el llamado al Congreso para que: emita una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución (Sentencia C-691 de 2008); actualice la legislación electoral (Sentencia C-230A de 2008); o expida el estatuto del trabajo en los términos del art. 53 de la Constitución (Sentencia C-750 de 2008).

En definitiva, de ello se desprende que si bien subsiste la imposibilidad de corregir directa e inmediatamente la omisión legislativa absoluta, sí pueden utilizarse instrumentos procesales constitucionales, como los exhortos al legislador, para urgir la actividad legisferante.

Como en otro sitio de esta investigación se apuntara, para la C.C. dicho instrumento “es un requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución”.

III. Recuento

De los precedentes reseñados y con las limitaciones propias de todo enfoque 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*.

- Ha sentado posición en el sentido de que, por vía de principio, carece de competencia¹²³⁴ para conocer de demandas de inconstitucionalidad sustentadas en una *omisión legislativa absoluta*¹²³⁵.
- Pese a que el criterio jurisprudencial en el que niega el control directo e inmediato de la *omisión legislativa absoluta* se mantiene, es posible percibir cierta matización a semejante ocusión, desde que sí pueden utilizarse instrumentos procesales constitucionales como los *exhortos al legislador* para instar la actividad legisferante¹²³⁶. De hecho, la C.C. así lo ha realizado en asuntos de gran impacto social.
- Si bien en general ante la *omisión legislativa absoluta* no habría remedio, al menos, a través del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad; sí existiría alguno contra las *omisiones absolutas del Poder Ejecutivo*. Nos referimos a la *acción de cumplimiento*, conclusión que se desprende del razonamiento del

1234 Valga aclarar que en la percepción que el magistrado Álvaro Tafur Galvis vertiera en su voto salvado en la Sentencia N° 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.

1235 Tal visión restrictiva no se compadecería íntegramente con la misión deferida en la Corte por la propia Ley fundamental en orden a preservar la integridad y la supremacía de ésta, cualidades que 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, aquel deba expedir.

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 *supra* aludida Sentencia N° C-543/96, por caso, cuando afirmaron que “es necesario tener en cuenta que la Constitución, que es norma de normas (C.P. art. 4°), 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 (C.P. art. 241 ord. 4°). 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*” (num. 8°, 1ª parte).

1236 La alegada incompetencia para abordar las *omisiones legislativas absolutas* tal vez no case muy bien con lo afirmado por el Tribunal en la Sentencia N° C-543/1996, en cuanto a que *en los casos en que encontró 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 N°s 90/1992, 24/1994, 473/1994, 285/1996, *inter alia*).

Cualquiera haya sido el tenor de las exhortaciones o admoniciones que efectuara al Congreso para que emitiera las leyes de desarrollo de 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.

Tribunal en función del cual no puede “recurriéndose 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*” (cfr. Sentencia N° C-1.064 de 2001, subap. 3.1.2.4.).

- Es clásica la posición que exige que para que se configure una *omisión legislativa contraria a la Constitución* deben abastecerse los siguientes recaudos: que exista una norma sobre la cual se predica la pretermisión; que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma; y que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.
- Sin embargo, elaboraciones recientes han permitido mudar (flexibilizar) el molde tradicional de configuración de la *omisión inconstitucional relativa*, que en principio requería la convergencia de una violación al *principio de igualdad*. De hecho, desde un punto de mira con más amplitud y cubrimiento, la C.C. ha entendido que aquella también puede corporizarse ante la vulneración del *derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso*, entre otros derechos o valores constitucionales.
- Es significativo que la C.C. haya construido y aplique en ciertos fallos la categoría del “*déficit de protección*” de derechos, plasmado por una *ausencia de previsión legislativa*.
- Finalmente y como otro interesante aspecto por destacar, es dable verificar en el repertorio jurisprudencial de la Corte el recurso a las sentencias *aditivas*, que —como hemos indicado reiteradamente en este trabajo— constituyen un instrumento útil para salvar las omisiones inconstitucionales legislativas relativas o parciales. Del repaso del repertorio decisonal del tribunal vemos que las ha denominado *sentencias de constitucionalidad condicionada* o también *sentencias integradoras*.

CAPÍTULO

II

PERÚ

I. Preliminar

Primeramente, cabe advertir que una perspectiva autoral —conformada por EGUIGUREN PRAELI y GARCÍA BELAUNDE— sostiene que en el Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse¹²³⁷.

En la Carta magna es dable verificar la institucionalización del control *difuso* cuando en el art. 138, párrafo 2º, dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera; y, coetáneamente, la del *concentrado*, al estatuir —en el art. 202, inc. 1º, y su remisión al art. 200, inc. 4º, *Ibid.*— la competencia del Tribunal Constitucional (T.C.) para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

II. Devenir jurisprudencial

1. Panorama

Formulada aquella advertencia inicial, debe indicarse que no existe en el marco normativo peruano disposición alguna que consagre de modo expreso el control sobre las omisiones inconstitucionales.

Sin perjuicio de ello, el examen de algunos hitos del devenir jurisprudencial del T.C. arroja que, directa o tangencialmente, éste se ha ocupado de abordar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Siendo así, no deja de ser útil explorar ciertos pronunciamientos para resaltar algunas pautas que en torno a la problemática que nos convoca, se presentan diseminadas en la praxis del órgano máximo de control de constitucionalidad (con distintas integraciones).

1237 EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 266; y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 133-136.

2. Recorrido por la praxis del T.C.

A) Expediente N° 083-92-AA/TC

a) En la causa se analizaba el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 16 de marzo de 1992, que declarando la nulidad de la resolución de vista de fecha 29 de abril de 1991, la cual a su vez había confirmado la apelada de 19 de noviembre de 1990, desestimó la acción de amparo interpuesta por la Asociación de Servidores Civiles del Ejército, la Asociación de Empleados del Ministerio de Guerra, la Asociación de Empleados del Ministerio de la Marina y la Asociación Mutualista de Empleados Civiles de la Fuerza Aérea, contra el Supremo Gobierno, representado en el Ministro de Defensa y el Procurador Público a cargo de los Asuntos del Ministerio de Defensa.

Concretamente las asociaciones accionantes interpusieron su demanda sustentando el reclamo en la transgresión de sus derechos constitucionales a la vida, la igualdad, el bienestar, la remuneración justa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1979 —antecesora de la actual que data de 1993—, como consecuencia de una *omisión* proveniente del Gobierno y particularmente del Ministerio de Defensa, al no cumplir con la reglamentación del art. 60 del Decreto Legislativo N° 608, publicado el 11 de julio de 1990.

Para aclarar el planteo cabe recordar que dicho artículo disponía la incorporación del personal civil de los ministerios de Defensa y del Interior a la categoría remunerativa de oficiales y subalternos de las mismas instituciones, fijándose su jerarquía de acuerdo con su nivel y categoría dentro del escalafón civil y el tiempo de servicios reconocidos por las referidas instituciones. Tal incorporación en el aspecto remunerativo debía ser reglamentada mediante Decreto Supremo refrendado por los ministros de Defensa e Interior, en el plazo de noventa (90) días calendario contados a partir de la vigencia del citado Decreto Legislativo.

Como consecuencia de ello, el 20 de julio de 1990 se expidió el Decreto Supremo N° 024-90-IN, mediante el cual se reglamentó el numeral 60 y se aprobó el Reglamento de la Incorporación del Personal Civil nombrado (no policial) del Ministerio del Interior en las categorías remunerativas de oficiales y subalternos de la Policía Nacional; aunque a la fecha de la demanda no se había hecho lo propio con el Reglamento correspondiente al Ministerio de Defensa, motivo por el que los peticionarios solicitaron, vía amparo, se procediera a expedir el instrumento normativo correspondiente, bajo apercibimiento de aplicarse supletoriamente el citado Decreto Supremo N° 024-90-IN.

b) La sentencia del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue expedida el 11 de diciembre de 1997¹²³⁸ y firmada por los magistrados Acosta Sánchez (Vicepresidente, encargado de la Presidencia), Nugent, Díaz Valverde y García Marcelo.

Para desarrollar su razonamiento, luego de transcribir el art. 60 del referido Decreto Legislativo N° 608 y de aclarar que formaba parte de una autorización para un crédito suplementario en el presupuesto del Gobierno central para el ejercicio fiscal de 1990, el Tribunal señaló que “la naturaleza de la norma objeto de atención, si bien es de índole programática, y por tanto, generadora de una obligación por parte del Estado, no posee solamente los caracteres de aquellas que s[ó]lo requieren para su vigencia, de una previa reglamentación legal, sino los de aquellas, que, además conllevan, la necesaria habilitación de condiciones económicas para que su ejercicio pueda tornarse efectivo. No en vano, forma parte de una norma de contenido eminentemente presupuestal. El problema en cuestión, no es entonces, un asunto baladí, sino que colinda directamente con la Teoría Constitucional y la explicación que aquella otorga a la operatividad inmediata o mediata de unas normas constitucionales por sobre otras” (párrafo 3° de los Fundamentos).

Añadió que si bien es cierto que se puede hacer exigible una norma que sólo requiriera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se hubiese venido prolongando durante un período notoriamente irrazonable, no se podría aplicar el mismo criterio (demandar la exigibilidad de una norma) cuando además de la reglamentación aquella reclamara la creación de condiciones económicas, ya que eso no era ni podría ser materia de evaluación conforme a criterios jurisdiccionales, sino de exclusiva competencia política (párrafo 4° de los Fundamentos).

Asoció a tal idea el hecho de que la Constitución Política de 1979, bajo cuya vigencia se interpuso la acción, estableciera en su Disposición General y Transitoria que “[l]as disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente” [remarcado del original], extrayendo de ello que era la idea de la *progresividad* y no la de la *inmediatez*, la que explicaba el carácter de normas como la analizada en la sentencia de marras (párrafo 5° de los Fundamentos).

Ciertamente, a los fines de esta investigación, se presenta como particularmente rescatable el párrafo 7° de los Fundamentos, del que se puede concluir la posición del Tribunal en punto a que sí sería posible demandar la *inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos* “ya que a la Constitución no s[ó]lo se le

1238 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0083-1992-AA.html.

transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer”, aunque (siguiendo la matriz de su razonamiento) ello resultaría viable o procedente solamente de acuerdo con el tipo de norma programática cuya exigibilidad se invocara, descartándose dentro de tal contexto las de corte económico, por no ser materia de análisis en sede jurisdiccional.

Sobre tal base el Tribunal argumentó que si el art. 60 del Decreto Legislativo mencionado estableció un período de noventa (90) días calendario para la correspondiente reglamentación y ella no se cumplió, se debió a que las condiciones económicas que demandaba no podían darse de inmediato, como tal vez pudo haber sido la intención inicial (párrafo 8° de los Fundamentos).

En definitiva, el Tribunal confirmó la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, declarando la nulidad de la resolución de 29 de abril de 1991 que había confirmado la de fecha 19 de noviembre de 1990, determinó la improcedencia de la acción de amparo interpuesta.

c) A modo de reflexión final, vemos que la lectura del fallo permite insinuar como principio general que el Tribunal consideraba viable, al menos en abstracto, el planteo para corregir la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Afinando el análisis, se aprecia que el elemento dirimente para habilitar una pretensión en tal sentido radicaba en el tipo de norma programática cuya exigibilidad se reclamara: si ella fuera de naturaleza económica, no daría lugar a la articulación por la omisión inconstitucional; mientras que si no fuera de tal tenor, la proposición del reclamo sí resultaría factible.

Por lo demás y si bien el razonamiento del Tribunal se refirió explícitamente a la Constitución de 1979, creemos que el mismo resulta igualmente aplicable a la luz de la actual Ley fundamental sancionada en 1993.

En efecto, el grado de generalidad de la afirmación volcada en el párrafo 7° de los Fundamentos excedía el marco concreto y específico de una Carta magna en particular. ¿De qué otro modo podría si no entenderse la consideración del Tribunal en punto a que no sería imposible demandar la *inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos, ya que a la Constitución no sólo se le transgredía por lo que se hacía, sino por lo que se dejaba de hacer?*

B) Expediente N° 010-2002-AI/TC

a) La causa en cuestión giraba en torno a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil (5.000) ciudadanos contra los Decretos Leyes N°s.

25.475¹²³⁹, 25.659¹²⁴⁰, 25.708¹²⁴¹ y 25.880¹²⁴², así como sus normas complementarias y conexas.

Respecto de los dispositivos normativos atacados, y sintetizando al máximo la postulación de los demandantes, puede destacarse que estos sustentaban la inconstitucionalidad en tanto aquellos contravenían en el fondo a la Constitución Política del Perú (de 1979) y por no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establecía; añadiendo que contradecían y violaban los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en la Constitución de 1993 y en los tratados internacionales suscritos por el Perú.

La resolución del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue emitida por mayoría el 3 de enero de 2003¹²⁴³. Dicho componente mayoritario estuvo constituido por los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma.

Por su parte, a través de un voto fundamentado (discrepante de la mayoría respecto de una cuestión muy puntual), se expidió el magistrado Rey Terry; lo propio hizo el magistrado Aguirre Roca; y, por último, mediante un voto singular se pronunció la magistrada Revoredo Marsano.

b) En uno de los tramos iniciales del pronunciamiento, el Tribunal argumentó acerca de su competencia para analizar la constitucionalidad de los mencionados Decretos Leyes (ver, en concreto, el Fundamento —F.— 21).

El problema se presentaba porque tales instrumentos jurídicos (Decretos Leyes) no quedaban comprendidos en el cuadro literal de las normas señaladas en el inc. 4° del art. 200 de la Constitución, referido a la acción de inconstitucionalidad.

Debe recordarse que el mencionado art. 200 consagra las denominadas “garantías constitucionales”¹²⁴⁴. Justamente en su inc. 4°, incluye dentro de éstas a “[l]a *Acción*

1239 Acerca del delito de terrorismo.

1240 Normativa que tipifica el delito de traición a la patria.

1241 El art. 1 de tal Decreto Ley, cuya constitucionalidad se cuestionó, rezaba: “En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25.659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones.

“El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13° del Decreto Ley N° 25.475”.

1242 Cuyo art. 1 sancionaba penalmente la apología de terrorismo cometida por docente o profesor, que influyeran en sus alumnos.

1243 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html.

1244 El Código Procesal Constitucional (C.P.C., Ley N° 28.237), sobre el que volveremos, ha optado por emplear la denominación “procesos constitucionales” en remplazo de la de “garantías constitucionales” contenida en el art. 200 de la Ley fundamental peruana.

de *Inconstitucionalidad*, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Por su parte, de acuerdo con el art. 202, inc. 1º, y como viéramos, correspondía al T.C. conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

En síntesis, el Tribunal indicó que según lo había entendido —implícitamente— en sentencias anteriores¹²⁴⁵, los instrumentos comprendidos en dicho dispositivo constitucional sólo tenían un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que eran susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad.

Fue así como se declaró competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1 de la Ley Orgánica del T.C.).

c) Luego y en función de la trascendencia de la acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del Perú, juzgó necesario efectuar una explicación del tipo de sentencia que dictaría, “con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional” (F. 26).

En el sentido expuesto, recordó que tradicionalmente, según se acogiera o rechazara el petitorio de la demanda, las sentencias del T.C. podían clasificarse en “estimatorias” o “desestimatorias”. No obstante ello, manifestó que el dinámico contexto social de Perú le obligaba —como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos (v. gr., de Italia, España y Alemania)— a dictar resoluciones que en cierta medida se apartaban de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias (F. 28). Indicó que tal era el caso de las sentencias *interpretativas*, que podían ser estimatorias y desestimatorias (F. 29).

Luego se refirió sucesivamente a las sentencias *aditivas*, en cuyo ámbito se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo que era necesario que se previera para que resultara conforme a la Constitución, caso en el que no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la *omisión*, de manera que tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición a aquello omitido (F. 30); *sustitutivas*, en las cuales se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que

1245 Por ejemplo, en relación con el Decreto Ley N° 25.967 pronunció sentencia en fecha 23 de abril de 1997 en Expediente N° 007-96-1/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* de 26 de abril de dicho año.

prevé una determinada cosa, en vez de prever otra (F. 31); y *exhortativas*, en las que, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, el Tribunal sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado —y no sancionado— (F. 32).

A continuación indicó que en cualquiera de los casos, “detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la *omisión*, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora sólo condicionados” (F. 33).

Ello sentado, consideró que bien podía decirse que la sentencia que pronunciaba era “*estipulativa*”, puesto que exponía sus conceptos, alcances y efectos, de manera que, más adelante, ya no tuviera que volver a explicarlos (id. F.).

Seguidamente, sostuvo que dictar en el caso “una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, *sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho*, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático” (F. 35).

d) Luego de una extensa serie de consideraciones jurídicas, entre otros puntos resolutivos y focalizando específicamente lo que aquí interesa, el T.C. *exhortó* al Congreso de la República para que, *dentro de un plazo razonable*:

- Reemplazara la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en los FF. 190 y 194 de la sentencia.
- Estableciera los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los arts. 2; 3, incs. ‘b’ y ‘c’; 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25.475, conforme a lo expuesto en el F. 205.
- Regulara la forma y el modo como se tramitarían las peticiones de nuevos procesos a los que se refieren los FF. 229 y 230.

d.1) Acerca del primer asunto (reemplazo de la legislación correspondiente), se aprecia que en el F. 190 indicó que “el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez

de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que *el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación*. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de ‘mera incompatibilidad’ en este punto, el T.C. considera que *corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación*”.

Por su parte, en el segundo de los FF. citados en el particular (el 194), sostuvo que “el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otros que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, *por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias*”.

d.2) El segundo ítem (establecimiento de límites máximos de las penas correspondientes a los delitos allí indicados) reviste —desde nuestro punto de vista— una importancia singular, toda vez que el Tribunal efectivamente detectó una *omisión inconstitucional* y así lo declaró, pasando seguidamente a exhortar al Legislativo para que procediera a corregirla dentro de un plazo razonable.

De tal manera y luego de expresar que la impugnación planteada por los demandantes debía entenderse referida a los arts. 2; 3, literales ‘b’ y ‘c’; 4 y 5, del Decreto Ley N° 25.475, en tanto allí no se fijaban los límites máximos de las penas (F. 202), señaló que ello era inconstitucional (por afectar el principio de proporcionalidad), aunque tal inconstitucionalidad no estaba referida a lo que dichas disposiciones legales establecían, *sino a la parte en que no preveían los plazos máximos de pena* (F. 205).

d.3) Finalmente, el último rubro exhortativo (dirigido a que se regularan la forma y el modo como se tramitarían las peticiones de nuevos procesos) reposaba —como vimos— en la urdimbre argumental tejida por los FF. 229 y 230.

En el F. 229, el Tribunal reiteró su obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que ellas generarían en el ordenamiento jurídico del Estado.

1246 Con la puesta en vigencia del C.P.C. quedaron derogados —entre otras prescripciones legales— los arts. 20 a 63, con excepción del 58, así como la primera y segunda disposiciones generales de la Ley

Señaló en este último sentido que el art. 40 de la Ley Orgánica del T.C.¹²⁴⁶ precisaba que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitían revivir procesos fenecidos en los que se hubiera hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el 2° párrafo del art. 103 de la Constitución (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del art. 74, *Ibid.* (cfr. F. 229).

Consideró el Tribunal que la mencionada regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limitaba su posibilidad de modular los efectos en el tiempo de su decisión; es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pudiera disponer una *vacatio sententiæ* y de esa manera permitir que el legislador democrático regulara en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permitiera una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria (cfr. F. 230).

En consecuencia, declaró que la sentencia en cuestión no anulaba automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25.659 declarados inconstitucionales (id. F.). Igualmente, estableció que de tal declaración de inconstitucionalidad tampoco se derivaba que dichos sentenciados no pudieran ser nuevamente juzgados por el delito de terrorismo, pues como expuso el Tribunal en los FF. 36¹²⁴⁷, 37¹²⁴⁸ y 38¹²⁴⁹, los

N° 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Justamente, la nueva Ley Orgánica del Tribunal N° 28.301 (sancionada el 1 de julio de 2004 y promulgada el 22 de julio del mismo año) entró en vigor concomitantemente con el citado C.P.C. (o sea, seis —6— meses después de su publicación, operada el 31 de mayo de 2004). La disposición derogatoria única de la Ley N° 28.301 estableció que con el comienzo de la vigencia de dicha preceptiva legal se derogaba la Ley N° 26.435, así como las demás disposiciones que se opusieran a aquella.

1247 Tal segmento de la sentencia reza: “El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25.475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1° del Decreto Ley N° 25.659, cuando indica que *‘Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25.475’* [...]. Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 25.659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 25.475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos”.

1248 Allí, el fallo dispone: “En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1° y el inciso a) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25.659, los que se asimilan a los artículos 2° y 3°, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N° 25.475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al artículo 3°, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N° 25.475. El inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al inciso a) del artículo 4° del Decreto Ley N° 25.475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1° del Decreto Ley N° 25.659 se asimila al inciso e) del artículo 4° del Decreto Ley N° 25.475”.

1249 Punto en el que el Tribunal establece: “En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo

mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley N° 25.659 se encontraban regulados por el Decreto Ley N° 25.475 (id. F.).

Finalmente, determinó que una vez el legislador regulara el cauce procesal señalado, la posibilidad de plantear la articulación de un nuevo proceso penal habría de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado (id. F.).

C) Expediente N° 0006-2003-AI/TC

a) En el caso se ventilaba una acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cinco (65) congresistas de la República contra el inc. 'j' del art. 89¹²⁵⁰ del Reglamento del Congreso de la República. Dicho artículo regulaba el procedimiento del "antejuicio político", que se vinculaba con el procedimiento de acusación constitucional contra los funcionarios enumerados en el art. 99 de la Constitución¹²⁵¹, por los supuestos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, solicitaban que se declarara la nulidad de la Resolución N° 018-98-99-CR, de 2 de julio de 1999, que hacía lugar a la formación de causa contra un excongresista, aduciendo que tal disposición también vulneró los arts. 93¹²⁵², 99 y

preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria".

1250 Como pone de manifiesto el Tribunal, en dicho inciso no se hace mención expresa a cuál es el número de votos necesarios para el levantamiento de la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político, pues aquel tramo normativo se limita a establecer: "Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate, el Pleno del Congreso vota, pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley, sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política. En el segundo caso, el expediente se archiva" (cfr. F. N° 7).

1251 Disposición que reza: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas".

1252 Que dispone: "Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

"No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

"No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento".

100¹²⁵³ de la Carta fundamental, puesto que fue aprobada con cuarenta y un (41) votos en una sesión en la que estuvieron presentes ochenta y cuatro (84) congresistas hábiles, a pesar de que para alcanzar una mayoría calificada se requerían cuarenta y ocho (48) votos, si se restaban los miembros de la Comisión Permanente.

b) La sentencia fue emitida el 1 de diciembre de 2003¹²⁵⁴, habiéndose reunido el T.C. en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda y García Toma.

Aquel cuerpo declaró infundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el inc. 'j' del art. 89 del Reglamento del Congreso; ordenó interpretar la disposición impugnada conforme a los FF. 12 y 15 de la sentencia, e improcedente en lo demás que contenía; y, finalmente, efectuó diversas *exhortaciones* al Congreso de la Nación¹²⁵⁵.

Es interesante colacionar el criterio que el Tribunal plasmara en el aludido F. 12, para lo que recurrió al tipo de *sentencia integrativa del ordenamiento*, también denominada sentencia “*a rima obligata*” de acuerdo con las enseñanzas de CRISAFULLI. En tal sentido consideró que debía “interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99° de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16° del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros” (id. F.).

A su turno y respecto de la aludida frase “sin perjuicio de lo señalado en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución Política”, contenida en el inc. 'j' del art. 89 del

1253 Dicha cláusula estipula: “Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

“El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

“En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

“La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos.

“Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso”.

1254 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0006-2003-AI.html.

1255 Debe advertirse que con fecha 9 de diciembre de 2003, el Tribunal dictó un auto referido a la sentencia en cuestión, en el que —aclarando de oficio los alcances de ésta (cfr. art. 59 de la Ley N° 26.435, entonces vigente normativa Orgánica del Tribunal Constitucional)— precisó que los efectos de la sentencia regirían a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. Su texto puede ser consultado en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0006-2003-AI%20Aclaracion.html.

Reglamento del Congreso, el Tribunal entendió (en el F. 15) que debía ser interpretada como aquella potestad sancionadora de la que era titular el Congreso para imponer los correctivos previstos en el primer párrafo del art. 100 de la Constitución, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios enumerados en el art. 99, *Ibid.*, “*siempre que dichos delitos hayan sido previamente declarados como tales en una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria*” [subrayado del original].

c) En torno a la cuestión que nos interesa a los efectos de este trabajo, más que la elaboración argumental del Tribunal respecto del objeto central de la pretensión actora, importa poner de relieve algunas consideraciones que pueden figurativamente calificarse como *periféricas* aunque resultan de gran importancia pues, ni más ni menos, el Tribunal *exhortó al Congreso de la República a reformar la Constitución ante ciertas omisiones detectadas en el texto constitucional (y en el del Reglamento del Congreso de la República)* o determinadas especificaciones literales en aquel que resultaban inconstitucionales. Pasaremos a evocar algunos detalles de la cuestión.

c.1) Respecto de la primera de las cuestiones (*omisiones en el texto constitucional*), el Tribunal observó que los miembros del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) no contaban con la prerrogativa del antejuiicio político, no obstante ser funcionarios públicos de la mayor importancia en un Estado Democrático de Derecho, teniendo la obligación de “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa” (artículo 176 constitucional).

En virtud de ello, el Tribunal decidió exhortar al Congreso de la República a reformar el precitado art. 99, *Ibid.*, “*incluyendo a los mencionados funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuiicio político, o, en su caso, incluyendo una disposición que permita ampliar el privilegio de antejuiicio a aquellos funcionarios que la ley establezca, tal como lo hiciera el artículo 183° de la Constitución de 1979*¹²⁵⁶” (F. 27).

c.2) A su tiempo y con referencia al (censurable) contenido literal de la Ley fundamental, el Tribunal señaló que no existían criterios razonables que permitieran concluir que la prerrogativa del antejuiicio político debiera dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y la autonomía de los poderes públicos encargados,

1256 Antecesora de la actual Constitución de 1993 y sustituida por ésta (cfr. Disposición Final y Transitoria decimosexta).

por antonomasia, de la persecución e investigación del delito (F. 17), refiriéndose concretamente al Poder Judicial y el Ministerio Público.

Así, observó “con preocupación” lo expuesto en el tercer y el quinto párrafos del art. 100 de la Constitución; es decir, respectivamente, que: “En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente”; y que: “Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso” (id. F.).

Consideró que ambas disposiciones eran contrarias al principio fundamental de separación de poderes sobre los que se sustentaba el Estado Democrático de Derecho, agregando que “[s]i bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159^{o1257}; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139^{o1258}), la que, desde luego, alcanza

1257 Que establece: “Corresponde al Ministerio Público:

- “1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
- “2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
- “3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
- “4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
- “5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
- “6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
- “7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación”.

1258 El art. 139 individualiza los principios y derechos de la función jurisdiccional. Sus incisos 1 y 2 disponen, respectivamente:

- “1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
“No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
“No hay proceso judicial por comisión o delegación.
- “2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.

también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso” (id. F.).

Por consiguiente, adoptó idéntica actitud a la señalada precedentemente, *exhortando al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente* (id. F.).

c.3) En estrecho ligamen con el punto inmediatamente anterior, se presentan algunas omisiones descubiertas por el T.C. en el Reglamento del Congreso de la República, que también le condujeron a exhortar a éste para que procediera a su modificación.

Una de ellas radicaba en que no se había previsto la votación necesaria para aplicar las sanciones estipuladas en el nombrado primer párrafo del art. 100 de la Constitución, en los casos de juicios políticos, *omisión* que ni siquiera se encontraba prevista en el ordenamiento para supuestos sustancialmente análogos, razón por la cual, el Tribunal consideró que en el caso no cabía recurrir a una sentencia integrativa (F. 22).

Sobre el particular, juzgó que tal *omisión*, desde luego, podía desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el mencionado artículo constitucional, por lo que decidió *exhortar* al Congreso a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones (F. 23).

Para tales menesteres, dispuso que el Congreso tuviera en cuenta que los arts. 157 y 161, *Ibid.*, establecían que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requería el voto conforme de los dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso, por lo que, siendo así, a efectos de evitar incongruencias que pudieran desprenderse del propio orden constitucional, juzgó necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el citado art. 99 de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por diez (10) años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no fuera menor a los dos tercios (2/3) del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente (id. F.).

Por otra parte, y en vista de que el procedimiento regulado por el art. 89¹²⁵⁹ del Reglamento parlamentario se encontraba, *prima facie*, dirigido a regular el procedimiento de acusación constitucional para los casos de antejuicio político,

1259 Que establece el procedimiento del antejuicio político.

el Tribunal dispuso exhortar al Congreso a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprendían de la sentencia anotada. Hasta que ello ocurriera, el Tribunal precisó que no encontraba inconveniente en que el procedimiento regulado en los incisos del artículo 89 del Reglamento fueran aplicados también a los juicios políticos, mientras resultaran compatibles con las características de dicha institución (F. 24).

Además, detectó que tampoco existía procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pudiera declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inc. 2° del art. 113 de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”, debido a lo que estimó procedente *exhortar al Congreso a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial* por la causal prevista en el inciso aludido, a los efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debía estipularse una votación calificada no menor a los dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso (F. 26).

Finalmente, y aun cuando el Tribunal concediera que el artículo constitucional 106 determinaba que para la aprobación o modificación de las leyes orgánicas se requería el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, advirtió que existía *silencio* respecto del número de votos necesarios para la aprobación de una ley ordinaria y que, en consecuencia, ese *vacío constitucional* debía ser cubierto por medio de la correspondiente disposición en el Reglamento del Congreso. De lo contrario, siendo permisible el voto de abstención de los congresistas, podría llegarse al extremo de que, con un reducido número de votos a favor, pudiera aprobarse una ley, especialmente cuando el número de congresistas presentes superara apenas el mínimo del quórum (en cuyo cómputo no se considerarían a los que gozaban de licencia).

Consiguientemente, *exhortó al Poder Legislativo a establecer el mínimo de votos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias.*

D) Expedientes N^{os} 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC

a) Aunque sucintamente, vale traer a colación el fallo dictado por la Sala Primera del T.C. el 20 de abril de 2004, *in re* “A. A. M. G.”, al que ya hiciéramos alguna alusión anteriormente.

En el caso, se ventilaba una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA,

es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral; ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera.

Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al T.C. por vía de recurso extraordinario.

Concretamente, vale destacar la argumentación del Tribunal en torno a los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era necesario analizar la actuación del Estado para evitar que su falta de atención en la materia *deviniese en situaciones de inconstitucionalidad por omisión* (F. 39).

Añadió que en el campo de los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, de ninguna manera podía justificarse *la inacción prolongada, ya que ello devendría en una omisión constitucional* (F. 49).

Esta argumentación resulta un punto de alto interés que ofrece el presente fallo.

b) El segundo de los casos identificados en el título fue resuelto de idéntica manera al anterior en fecha 5 de octubre de 2004, también por la Sala Primera del T.C., en autos “J. L. C. C.”

En este caso los tramos de la sentencia que marcan con claridad la conexión entre el abastecimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de los derechos sociales (en el caso, derecho a la salud respecto de una persona con SIDA) son los Fundamentos —FF.— 38 y 48 (equivalentes a los FF. 39 y 49 del pronunciamiento anterior).

E) Expediente N° 004-2004-CC/TC

a) La sentencia recaída en el expediente del epígrafe constituye un interesante precedente emitido el 31 de diciembre de 2004¹²⁶⁰, en el marco de una demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

El fallo del Tribunal, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, fue suscrito por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y, uniéndose a ellos, mas con sendos votos fundamentados, también lo hicieron los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Revoredo Marsano y Gonzáles Ojeda.

1260 Fuente: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/0004-2004-CC.html.

En concreto, el demandante aducía que el Poder Ejecutivo había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República excluyendo el monto total del Poder Judicial conforme al art. 145 de la Constitución¹²⁶¹. Añadía que el ejercicio de tal competencia requería que el Ejecutivo incluyera en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remitía; y que la cuestionable atribución de que el Poder Ejecutivo pudiera variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que el Poder Judicial tuviera que sustentar ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

Acusaba la accionante que por obra de la sustitución realizada por el Poder Ejecutivo, aquella se encontraba impedida de ejercer su competencia constitucional consistente en sustentar ante el Congreso de la República su proyecto de presupuesto, al tiempo de recordar que no se encontraba obligada a defender su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo y de dejar expuesto que la invasión de su competencia significaba un agravio a su independencia por parte de otro Poder del Estado.

Básicamente, entonces, el Poder Judicial solicitó al T.C.: *i*) que reafirmara que era competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo; *ii*) que reafirmara que era competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo; *iii*) que determinara que no era competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presentaba el Poder Judicial; *iv*) que declarara la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial consignada en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República; y *v*) que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, ordenara la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

b) Entre diversos asuntos relevados por el Tribunal y al modo como lo hiciera, aunque con variantes y menor densidad argumental, al dirimir el Expediente N° 010-2002-AI/TC —FF. 26 a 35—, pasó revista a distintas variantes taxonómicas de sentencias que estaba facultado a emplear, bajo el rótulo de “La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional”.

1261 Norma que establece: “El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso”.

Luego, y en forma sucesiva, examinó la naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto, los principios constitucionales en materia presupuestaria y las características del presupuesto.

Concretamente respecto de las categorizaciones taxonómicas y acotando al máximo las reflexiones del Tribunal, éste especificó que la doctrina había establecido una doble clasificación: la primera distinguía entre sentencias de *especie* o de *principio*, y la segunda entre sentencias *estimativas* o *desestimativas*.

Respecto de la primera clasificación, expuso que las de *especie*, se constituían por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto, en cuyo caso la labor del juez constitucional era meramente “declarativa”, ya que se limitaba a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

Por su parte, las de *principio* formaban la jurisprudencia propiamente dicha porque interpretaban el alcance y el sentido de las normas constitucionales, llenaban las lagunas y forjaban verdaderos precedentes vinculantes.

Acerca de la segunda clasificación, el Tribunal recordó que las sentencias *estimativas* podían ser de *simple anulación*, *interpretativas propiamente dichas* o *interpretativas-manipulativas (normativas)*. A su vez, entre estas últimas (interpretativas-manipulativas), el Tribunal identificaba las sentencias *reductoras*, *aditivas* (donde el órgano de control de la constitucionalidad determinaba la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa), *sustitutivas*, *exhortativas* y *estipulativas*.

Ya en torno de las *desestimativas*, precisó que podían consistir en una *desestimación por rechazo simple* o una *desestimación por sentido interpretativo (interpretación ‘stricto sensu’)*.

c) Del recorrido taxonómico anterior, sólo ahondaremos en la consideración del Tribunal acerca de las *sentencias exhortativas* (pues, al menos, nominalmente, una de ellas habría sido la implementada en el caso del epígrafe), respecto de las cuales advirtió que, a diferencia de las sentencias *reductoras*, *aditivas* y *sustitutivas*, no tenían efectos vinculantes¹²⁶².

1262 En ese sentido, el Tribunal expresó que las *exhortativas* son recomendaciones o sugerencias, *stricto sensu*, “que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la Constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional”.

En las *exhortativas* el órgano de control constitucional declaraba la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no disponía su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomendaba al Parlamento que, dentro de un plazo razonable, expidiera una ley sustitutoria con un contenido acorde con las normas, los principios o valores constitucionales.

Agregó que si en sede constitucional se consideraba *ipso facto* que una determinada disposición legal era contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confería al legislador un plazo determinado o determinable para que la reformara, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental. Aquí se invocaba el concepto de *vacatio sententiæ*, mediante el cual se disponía la suspensión de la eficacia de una parte del fallo, es decir, se modulaban los efectos de la decisión en el tiempo.

Por último, el Tribunal señaló que la exhortación podía concluir por alguna de las siguientes tres vías:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformadora de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia; lo que se configuraba cuando el legislador había incumplido con el dictado de la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia, que se producía por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

d) Más allá de lo apuntado y para comprender el sentido de la resolución, también nos interesa evocar que —según lo indicara el propio accionante— el Tribunal advirtió que a diferencia de lo estipulado en los arts. 160¹²⁶³, 162¹²⁶⁴ y 178¹²⁶⁵ de la Constitución, que disponían que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y el Jurado Nacional de Elecciones sustentaran su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, el art. 145, *Ibid.*, no imponía tal condición al Poder Judicial.

1263 Es que constitucionalmente se dispone que el proyecto de presupuesto del Ministerio Público se aprueba por la Junta de Fiscales Supremos; se presenta ante el Poder Ejecutivo y se sustenta en esa instancia y en el Congreso.

1264 Norma cuya parte final establece que el proyecto de presupuesto de la Defensoría del Pueblo es presentado ante el Poder Ejecutivo y sustentado por su titular en esa instancia y en el Congreso.

1265 El tramo *in fine* de dicha cláusula prescribe que el Jurado Nacional de Elecciones presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto del sistema electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema, sustentándolo en esa instancia y ante el Congreso.

De las citadas normas constitucionales el Tribunal advertía un trato distinto para el Poder Judicial.

Además, puso de manifiesto la incoherencia entre el art. 80¹²⁶⁶, *Ibid.*, y las disposiciones referidas en el párrafo anterior; y, además, la *omisión* en aquel artículo de consignar al Presidente del T.C. y al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que presidían órganos constitucionales autónomos, y que por ello sustentaban sus respectivos presupuestos ante el Congreso sólo por mandato legal.

En consecuencia, el Tribunal estimó que el fallo técnico-constitucional por dictar debía también precisar que en el texto del artículo 80 constitucional, se enumerara a los funcionarios que tuvieran atribución para sustentar sus presupuestos ante el Congreso de la República.

e) Moviéndonos hacia el segmento dispositivo de la resolución, aunque fuera de lo específicamente vinculado con el núcleo del tema que nos interesa a los efectos de la investigación —a lo que nos referiremos expresamente más adelante—, el Tribunal consignó que había operado la sustracción de materia respecto de la pretensión de declaración de nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordenara la inclusión del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el 27 de agosto de 2004 en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”. Además, declaró fundada la demanda en el extremo de la competencia conferida al Poder Judicial en el artículo 145 constitucional, por lo que, consecuentemente, interpretó que era competencia de tal Poder presentar su proyecto de presupuesto al Ejecutivo, sin que este último lo modificara, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República.

Ya en lo atinente al objeto de nuestro interés, el Tribunal decidió *exhortar*:

- Al Poder Judicial para que formulara una política judicial de corto, mediano y largo plazo (que debería ser el sustento técnico para la toma de decisiones del

1266 Tal disposición estipula: “El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.

“Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo.

“Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros”.

Poder Legislativo en relación con la aprobación del presupuesto del Judicial), en la que se definiera el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientaría la organización judicial para administrar justicia, a cuyo efecto debería identificar los fines generales y objetivos específicos, el inventario y la evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos, y la determinación de líneas de acción.

- Al Poder Legislativo para que dictara una ley mediante la cual se establecieran los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el art. 145 de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el art. 78 del mismo cuerpo legal. Y, asimismo, para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementaran las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia al que se encontraba abocado.

f) Como anticipábamos, el fallo del Tribunal contó con sendos votos fundamentados de los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y Gonzáles Ojeda.

El primero de ellos, si bien aclaró que compartía el fallo y los fundamentos que lo justificaban, planteó algunas consideraciones adicionales, enfocadas —en sintética presentación— a destacar:

- Que la diversa redacción de los arts. 145, 160, 162 y 178 de la Constitución no debía ser el único fundamento de la demanda incoada, pues existía “un clamor nacional a efectos de que el Poder Judicial cumpla cabalmente su atribución de impartir justicia. Los magistrados no sólo tienen derecho de percibir adecuadas remuneraciones, sino, adicionalmente, deben contar con el personal auxiliar y con los instrumentos técnicos necesarios” (F.J. 15).
- Que la “justicia en el Perú está en crisis desde hace muchos años” (F.J. 16), lo que atribuía a diversos factores y no sólo al económico. Más adelante, indicó que “[e]n la coyuntura actual, en que la sobrecarga procesal proviene de la transferencia de cientos de procesos del fuero privativo militar al Poder Judicial, del incremento de los procesos por corrupción de funcionarios, y del cada vez mayor número de procesos por tráfico ilícito de drogas (todos complejos), hay una necesidad perentoria de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencia de partidas” (F.J. 17).
- Finalmente, enfatizó la necesidad de un plan de reorganización del Poder Judicial y del Ministerio Público, para que, con el suficiente número de magistrados, afrontaran el problema de la justicia en el Perú (F.J. 18).

A su tiempo, la magistrada Revoredo Marsano construyó su razonamiento sobre algunos pilares fundamentales:

- Su discrepancia respecto de la catalogación como “fundamentos” de las consideraciones del Tribunal acerca de las clasificaciones doctrinarias de sentencias que éste acometió, las que juzgaba que no eran “útiles o pertinentes para el caso concreto a resolver, salvo el tipo de sentencia estimativa exhortativa”, que era la que se pronunciaba en la oportunidad, calificando además de “peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características” por cuanto estas definiciones “aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición vinculante del Tribunal Constitucional”, por lo que estimó que los magistrados debían actuar “con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso” (todas las alusiones fueron plasmadas en el F. 1).
- Su posición acerca del tipo de “sentencias exhortativas” que —según sus colegas— podrían concluir con la expedición de una “segunda sentencia”, acerca de lo cual la magistrada manifestó su reparo, sobre todo si se tomaba conciencia de “que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el T.C. y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una ‘segunda sentencia’, no sabemos propulsada por qué norma constitucional” [mayúsculas del original] (F.J. 2).
- Se refirió a diversas cuestiones sobre la problemática presupuestaria (FF.JJ. 3 y 4).
- Por último, a lo largo del F.J. 5, reivindicó la necesidad de que las resoluciones del Poder Judicial fueran respetadas y ejecutadas sin denostaciones ni demoras “especialmente cuando es el Estado el obligado directamente a cumplirlas”, respecto de lo cual añadió que hacía enorme daño a la democracia y al Estado de Derecho, así como a la autoridad y al prestigio del Poder Judicial, que sus sentencias definitivas fueran ignoradas por el Ejecutivo, lo que “ocurre, principalmente, cuando tales sentencias implican un pago importante a cargo del Estado. Muchas veces, los montos que deben cancelar diversos sectores de la Administración Pública no son incluidos, año tras año, en los Presupuestos Generales de la República, con lo cual no sólo el Congreso —que aprueba el Presupuesto— sino el propio Presidente de la República —responsable constitucionalmente de la ejecución de las sentencias judiciales— vulneran flagrantemente la Constitución y lo que es más grave, impunemente”. Indicó que el cuadro de situación descrito debía cambiar y dejó

manifestado su anhelo en punto a que la sentencia que emitía el T.C. incidiera en un beneficioso cambio.

Por último, el Dr. Gonzáles Ojeda se refirió sucesivamente a:

- La trascendencia histórica y política del caso (FF.JJ. 1 y 2).
- El T.C. y su participación en el proceso de deliberación sobre la construcción de un Poder Judicial autónomo (FF.JJ. 3 y 4).
- El debate constituyente sobre el art. 145 de la Constitución (FF.JJ. 5 y 6).
- La división de funciones, el Estado de Derecho y la autonomía del Poder Judicial (FF.JJ. 7 a 14).
- El Poder Judicial y los derechos fundamentales (FF.JJ. 15 a 17).
- El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, como conformadores de dos contextos y dos concepciones sobre el rol de la judicatura en la democracia constitucional (FF.JJ. 18 a 27).
- La necesaria vinculación de la autonomía presupuestaria, la independencia judicial y el derecho fundamental de tutela (FF.JJ. 28 a 35).
- La interpretación constitucional como “cierre” del debate constituyente (FF.JJ. 36 y 37). Terminó señalando, justamente en el F.J. 37, que “[e]l Poder Judicial, en el proceso de elaboración de su presupuesto, no puede estar sometido a interferencia alguna de parte del Poder Ejecutivo, menos a que éste sustituya su proyecto por otro no elaborado por los órganos de gobierno interno del Poder Judicial”, además de destacar que el art. 145 de la Constitución, para ser compatible con los derechos reconocidos por ella y con la tutela de los mismos que la propia Carta fundamental reservaba de modo exclusivo al Poder Judicial, “no puede sino ser interpretado como una facultad que debe ser ejercida por este Poder del Estado sin que el Ejecutivo pueda modificarlo a la hora de elaborar el proyecto de Ley de Presupuesto. Una lectura distinta supondría una seria amenaza para la autonomía institucional del Poder Judicial y, a la larga, para la independencia de los jueces”.

g) Luego del señalamiento de diversas pautas relativas al fallo en cuestión, no es difícil descubrir la importancia que posee.

En él, el T.C. se animó a explorar con una actitud amplia y aperturista diversos pliegues procesales constitucionales relativos al tenor, el alcance y los efectos de las sentencias que puede dictar para el cumplimiento de su rol como órgano de control de constitucionalidad. Incluso, reservando para sí un marco competencial habilitante para el empleo prospectivo de distintas variantes sentenciales que le permitan entrar

en diálogo con los poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo en orden a corregir acciones y omisiones inconstitucionales.

Además, el Tribunal se entregó valerosamente —tanto a partir de la conformación argumental de la mayoría, cuanto desde las aportaciones adicionales de los votos razonados— a afrontar un problema de sustancial importancia: la reivindicación de la trascendencia que, como reaseguro del Estado de Derecho y la pervivencia de los derechos fundamentales, tiene en un esquema constitucional un Poder Judicial confiable, imparcial, independiente y respetado por los restantes poderes del Estado.

F) Expediente 006-2008-PI/TC

a) En este asunto (conocido también como “Caso de la hoja de coca”) la sentencia fue emitida por el pleno jurisdiccional del T.C. el 11 de junio de 2008 en el marco del proceso constitucional incoado por el Presidente de la República contra el Gobierno regional de Puno con el objeto de que se expulsaran del ordenamiento jurídico peruano los arts. 1 y 2 de la Ordenanza Regional N° 022-2008¹²⁶⁷ emitida por la parte demandada, ordenanza que —según se alegaba— excedía su competencia e invadía la del Gobierno nacional.

La resolución juzgó fundada la acción incoada y declaró inconstitucionales las normas impugnadas y, por conexidad¹²⁶⁸, los demás artículos de la Ordenanza.

Llevando al límite la síntesis de la cuestión, se observa que ella versaba sobre el tema de la “hoja de coca”, resaltándose la íntima relación del cultivo y el uso tradicional de la misma como parte de un conjunto de prácticas sociales, culturales, medicinales y de intercambio comercial, de determinadas comunidades del Perú, con el derecho reconocido en el art. 2.19 de la Constitución a la identidad étnica y cultural, obligando al Estado a proteger estas manifestaciones como expresión del pluralismo que constituye el principio que define al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

1267 El primero de los artículos establecía: “Reconocer a la planta de coca, como Patrimonio Regional, cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua-aymara de la Región de Puno”.

El segundo de ellos estipulaba: “Reconocer como zonas cocaleras de cultivo tradicional a las cuencas de: Inambari y Tambopata en la Provincia de Sandia; y a la cuenca del Inambari en la Provincia de Carabaya; donde el volumen de cultivo guarde estricta relación directa con la carga familiar, el sueldo mínimo vital, o el equivalente a una UIT por mes, mientras no exista otra fuente de ingreso rentable. Asimismo *declárese de interés regional el cultivo del arbusto de la hoja de coca debiéndose imponer políticas de revalorización de la misma, como recurso natural y patrimonial de Puno*”.

1268 El fallo fue firmado coincidentemente por todos los magistrados intervinientes, recibiendo sólo un fundamento de voto del Magistrado Ernesto Álvarez Miranda.

b) Antes del decisorio que anotamos, el T.C. había emitido sentencias en los Exptes. N^{os}. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), efectuando exhortaciones: *i*) al Congreso, a fin de que procediera a reconocer a la hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación; *ii*) al Instituto Nacional de Cultura (INC), a fin de que evaluara la conveniencia técnica de esa declaración como patrimonio cultural inmaterial; y *iii*) al Poder Ejecutivo y a DEVIDA (organismo encargado de diseñar y conducir la política nacional de lucha contra el consumo de drogas), a fin de que concretaran el desarrollo del Programa de Desarrollo Alternativo.

c) En la causa que referimos, el T.C. llamó la atención sobre la inactividad del legislador a pesar de haber transcurrido dos (2) años desde el dictado de aquellas exhortaciones.

En ese marco, sostuvo que *la desidia o inacción legislativa* es, al igual que la acción positiva del legislador, *susceptible de ser objeto de control constitucional*. En el caso de la omisión inconstitucional, cuando concurren las siguientes circunstancias: *i*) transcurso de un período razonable sin que el órgano legislativo haya emitido la norma exigida desde la Constitución; *ii*) existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; y *iii*) posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional (F.J. 36).

Según el T.C., la justificación del control de las omisiones legislativas se basa, entre otras razones, en las siguientes (F.J. 41):

- La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución.
- La reivindicación de la naturaleza “social” del Estado Constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.
- La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.
- La naturaleza y el rol actual que han asumido los tribunales constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.
- Finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y la efectividad de los derechos fundamentales.

Añadió (en el F.J. 42) que debía distinguir entre *omisiones absolutas u omisiones del legislador* y *omisiones relativas u omisiones de la ley*.

Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia de la Norma fundamental.

En cambio, las omisiones de la ley u omisiones relativas están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. El parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas es el principio constitucional de igualdad.

Puntualizó que dos son los mecanismos que suelen utilizarse a efectos de remediar los problemas que presentan las omisiones por parte del legislador en el tiempo: **a)** la apelación al plazo razonable como un tiempo prudencial que permita cubrir la omisión; y **b)** la fijación de un plazo fijo por parte de las instancias judiciales (F.J. 45).

Señaló también que correspondía distinguir las *omisiones constitucionalmente explícitas*, es decir, las que contravienen un mandato constitucional explícito de legislar, *de aquellos supuestos en los que la constatación de la omisión solamente se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa*. Dichas pretermisiones, denominadas de “configuración jurisprudencial”, se conforman como mandatos normativos que se proyectan con efecto *erga omnes* conforme al art. 204¹²⁶⁹ de la Constitución y los arts. 81 y 82¹²⁷⁰ del Código Procesal Constitucional [C.P.C.] (FFJJ. 42 a 44).

1269 Tal disposición constitucional determina:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

“No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

1270 Bajo el título de “Efectos de la Sentencia fundada”, el art. 81 del C.P.C. establece:

“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

“Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano”.

Por su parte, con el rótulo de “Cosa juzgada”, el artículo 82, *Ibid.*, dice:

“Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Juzgó que en el caso que analizaba, se corporizaba una *omisión de configuración jurisprudencial* porque pese a que ya había señalado en anterior oportunidad que el Congreso debía proceder a declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural de la Nación, como consecuencia de la protección que el Estado debe brindar al derecho a la identidad cultural consagrado en el citado art. 2, inc. 19, de la Constitución, el legislador *no había cumplido con tal mandato no obstante haber transcurrido un plazo razonable*.

El T.C. puntualizó que no obstante que la Constitución peruana no contempla expresamente la posibilidad de fiscalizar las omisiones legislativas, el fundamento del control de éstas *“debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas [...], sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad”* (F. 37).

d) Más allá del resultado del proceso, el fallo es de notable relevancia pues el T.C. asume claramente y sin ambages el fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión* y, con apoyo en aportes doctrinarios y jurisprudenciales extranjeros, delinea un conjunto de elementos significativos para dar cuerpo a una suerte de modelo teórico de la figura en el escenario jurídico peruano.

G) Expediente 05427-2009-PC/TC

La sentencia se dictó el 30 de junio de 2010 por el pleno jurisdiccional en la causa “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva —AIDSESP—”, que fuera aludida anteriormente.

En la causa, AIDSESP dedujo un *proceso de cumplimiento* a los efectos de que el Ministerio de Energía y Minas cumpliera con adecuar sus “normas”, “reglamentos” y

“Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

“La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”.

“directivas” de conformidad con lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT¹²⁷¹, respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

De acuerdo con el art. 200, inc. 6°, de la Constitución, el *proceso de cumplimiento* procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. A su tiempo, el art. 66 del C.P.C. establece que el objeto de dicho proceso es ordenar que el funcionario o la autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

En el F.J. 10 el T.C. razonó que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretendía estuviera inserto en un tratado de derechos humanos y ostentara, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representaba más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Ello porque si en el ordenamiento jurídico peruano se brindaba adecuada protección al *derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se podía exigir, a través de este proceso, se tutelara el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que estaba inscrito en una norma de rango constitucional.

Dicho de otro modo, si según el art. 66, inc. 2°, del C.P.C., “el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un *tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable* que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas” [énfasis del original].

Luego, en los FFJJ. 11, 18, 22 y otros, reiteró algunas de las pautas relativas a la inconstitucionalidad por omisión que había vertido en el recientemente nombrado Expediente 006-2008-PI/TC (“Caso de la hoja de coca”) y dijo apreciar con preocupación la incoherencia presente en el ordenamiento jurídico del Perú, que había habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero había ignorado recoger un proceso que

1271 Es preciso recordar que en la STC 0022-2009-PI/TC, “Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5.000 ciudadanos” (pleno jurisdiccional, 9 de junio de 2010), el T.C. interpretó que el Convenio N° 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de *resistir* infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales —fuerza pasiva— sino de *innovar* el ordenamiento jurídico [peruano], incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquel a título de derechos de rango constitucional —fuerza activa— (F.J. 10).

permitiera “*el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial*” (F.J. 19).

En definitiva, lo que nos interesa particularmente destacar aquí es que aunque el sistema normativo peruano no cuente con una acción específica para corregir las omisiones inconstitucionales, el T.C. *adecuó o redimensionó el proceso de cumplimiento* planteado para dar respuesta a la pretensión de la AIDSESEP.

Advirtió al respecto que, en estricto, “*la obligación del Ministerio de Energía y Minas de reglamentar el procedimiento de consulta, como las cuestiones de tierras y recursos naturales, no se encuadra dentro del supuesto de una omisión normativa inconstitucional directa, que es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; sino que se encuentra dentro de la categoría de omisión normativa inconstitucional indirecta, que es aquella que se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional*” [énfasis del original] (F.J. 25).

Por lo demás, aclaró que si bien no existía una ley que hubiera desarrollado el procedimiento de consulta y, por ende, parecería no existir el deber del Ministerio de Energía y Minas de emitir la reglamentación correspondiente, “*dicha argumentación se debe desvirtuar en razón a que el Convenio N° 169 vincula a todos los poderes públicos y no sólo al legislador y, ante la ausencia de regulación legal, parece adecuado asignar responsabilidad al Ministerio demandado por la regulación normativa que dé eficacia a lo dispuesto en el Convenio, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo, según el Convenio N° 169, deben ser consultadas*” (F.J. 26).

III. Recapitulación y mensaje final

1. Ya desde sus orígenes funcionales, y expresamente de cara al plexo constitucional de 1979 aunque tácitamente con efecto expansivo hacia la actual sancionada en 1993,

el T.C. pareciera haber admitido como principio general la viabilidad del planteo correctivo de la inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los poderes públicos, al afirmar que “a la Constitución no s[ó]lo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer” (cfr. sentencia recaída en Expediente N° 083-92-AA/TC).

Ciertamente y a partir de la lectura de la trama argumental que el Tribunal elaborara en la citada sentencia, dicho control podría ejercerse respecto de las normas programáticas de cualquier tipo, excepción hecha de las de contenido económico, pues éstas quedarían exentas de la fiscalización de constitucionalidad en función de la aplicabilidad del principio de progresividad y no de inmediatez en los postulados constitucionales que las contienen. Esto último, sin perjuicio de cuanto diremos *infra* en torno a lo resuelto por la Sala Primera del T.C. en los Expedientes N°s. 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC.

2. Más allá de lo anticipado en el subapartado anterior, en otros pronunciamientos también el Tribunal ha evidenciado que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión no le es extraña, además de dar muestras de la posibilidad de corregirlas.

Así ha ocurrido, *inter alia*, al referirse a las *tipologías sentenciales susceptibles de cubrirlos*, por ejemplo, los pronunciamientos *aditivos* (vid. Expedientes N°s. 010-2002-AI/TC y 004-2004-CC/TC); o incluso al *exhortar* al Legislativo a modificar la Constitución para salvar la omisión contenida en uno de sus artículos (el 99) debiendo para ello incluir en la nueva normativa constitucional a ciertos funcionarios del sistema electoral entre aquellos dignatarios que gozan del privilegio de antejuicio político, o, en su caso, incorporar una disposición que permitiera ampliar el privilegio de antejuicio a aquellos funcionarios que la ley establezca (Expediente N° 0006-2003-AI/TC).

3. Quizá en el resolutorio emitido en el Expediente N° 010-2002-AI/TC pueda visualizarse con mayor nitidez el ejercicio del control sobre una pretermisión anticonstitucional, ya que en uno de sus tramos y luego de constatar tal *omisión* y de declararla inconstitucional, pasó a *exhortar* al Congreso a que la corrigiera dentro de un plazo razonable.

En concreto, determinó que los arts. 2; 3, literales ‘b’ y ‘c’; 4 y 5, del Decreto Ley N° 25.475, en la medida en que en ellos no se fijaban los límites máximos de las penas, eran inconstitucionales por afectar el principio de proporcionalidad, aunque se encargó de advertir que dicha inconstitucionalidad no estaba dada en lo que aquellas disposiciones prescribían, *sino en la parte en que no preveían los plazos máximos de pena*.

4. No es precisamente un dato menor que el Tribunal tenga en cuenta y verbalice las clasificaciones doctrinarias sobre tipos sentenciales que puede dictar un tribunal

constitucional, definiendo sus particularidades, alcances y objetivos, pues ello supone que no está cerrado en modo alguno a admitir y aplicar cualquiera de los subtipos que allí explica, los que en forma pura o combinada pueden llevarle, como de hecho ha sucedido, a ocuparse de la corrección de las omisiones inconstitucionales.

Es así como en el introito del F. 1 de la sentencia proferida en el Expediente N° 004-2004-CC/TC dijo claramente que consideraba conveniente “*fixar su posición acerca de cuatro temas relevantes en materia constitucional y que se derivan del caso [por dirimir]*”, cuarteto temático encabezado por la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional, tal como también lo efectuara en el pronunciamiento recaído en el Expediente N° 010-2002-AI/TC.

Mutatis mutandis, y si bien precisamente el tratamiento de tal cuestión en la sentencia pronunciada en el Expediente N° 004-2004-CC/TC entrañó uno de los motivos del voto fundamentado de la magistrada Revoredo Marsano, para ella no pasó inadvertida la consideración sobre dicho asunto.

En efecto, luego de afirmar que las clasificaciones de los tipos de sentencias que contenía el pronunciamiento no se trataban de “fundamentos” propiamente dichos sino de una reseña didáctica y doctrinaria sobre las clases de decisorios que pueden darse en general, señaló que aquellas clasificaciones doctrinarias no resultaban útiles o pertinentes en el caso concreto por resolver, salvo el tipo de sentencia *estimativa exhortativa*, que era la que se pronunciaba en la ocasión.

En un interesante párrafo aseveró que “aun constituyendo doctrina jurídica, considero peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características: *estas definiciones, aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición vinculante del Tribunal Constitucional*, por lo que estimo que debemos actuar —los magistrados— con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso”.

Más adelante, aclaró que su particular preocupación se centraba en el tipo de “sentencias exhortativas” en tanto sus colegas indicaban que la exhortación contenida en el fallo de esas resoluciones podía concluir —entre otras consecuencias— con la expedición de una “segunda sentencia”; en otras palabras, “cuando el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso a elaborar y a aprobar una futura ley que el Tribunal estima necesaria, y el Congreso no la aprueba en un plazo razonable, entonces [...] el Tribunal Constitucional puede expedir una «segunda sentencia»”.

Y justamente a continuación reconoce que “[e]l asunto se agrava si se toma conciencia que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes

dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el Tribunal Constitucional y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una ‘segunda sentencia’, no sabemos propulsada por qué norma constitucional” [mayúsculas del original].

Algunas breves acotaciones finales nos merece el voto razonado de la exmagistrada: en primer lugar, creemos que no niega indiscriminadamente la posibilidad de superación de las omisiones legislativas por el T.C., pues sólo dice que “en principio” ello no debería hacerse; en segundo lugar, pareciera que su verdadera discrepancia radicaría en la circunstancia de solventar tales omisiones de un modo conminativo, con plazo presunto y por vía de una segunda sentencia; y, en tercer lugar, no es irrazonable inferir que —tácitamente, al menos— reconoce que en el caso en cuestión el Tribunal había procedido a ejercer control de constitucionalidad sobre una omisión legislativa, pues admite que aquel dictó en el particular una sentencia *estimativa exhortativa* y luego afirma que *la mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a omisiones de éste en legislar determinados asuntos*, justamente lo que sucedió en el particular, donde una de las exhortaciones al Congreso contenidas en la parte dispositiva apuntaba a que sancionara una ley mediante la cual se establecieran los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

5. Dos fallos significativos son los recaídos en Expedientes N^{os}. 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC, dictados por la Sala Primera del T.C., en los que enlazó el riesgo cierto del Estado de caer en *omisiones inconstitucionales* en la medida en que *incumpliera las obligaciones asumidas en el campo de los derechos sociales*; en el caso, particularmente el derecho a la salud de personas que padecen SIDA.

Aunque no sea demasiado original lo que diremos, vale la pena recordar que el ámbito en el que se producen las *pretericiones inconstitucionales* cuantitativamente más importantes es precisamente el de los derechos sociales.

De allí la importancia de vincular éstas y otras cuestiones: las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales en general y del derecho a la salud en particular; el concepto de progresividad y la percepción en punto a que una prolongada (e injustificada) demora del Estado en satisfacer semejantes derechos fundamentales podía hacerlo incurrir en una indolencia inconstitucional.

6. No deja de ser importante testimoniar cómo desde ciertos sectores de la doctrina peruana se destaca la existencia de algunas hipótesis contenidas en el propio texto de la Constitución, en función de las cuales se habilitaría alguna vía alternativa para corregir ciertas omisiones o inercias inconstitucionales.

En esa dirección, y luego de identificar como alguna de las posibilidades de solución el hecho de que la competencia no ejercida fuera transferida de pleno derecho a otro organismo, MORÓN URBINA¹²⁷² expone que tal mecanismo ha sido utilizado con mesura en el contexto del procedimiento de generación normativa, cuando —por ejemplo— la actual Constitución peruana autoriza al Presidente de Congreso y, en su defecto, al de la Comisión Permanente para promulgar los proyectos de ley no sancionados en su oportunidad por el Presidente de la República (art. 108¹²⁷³), o cuando otorga competencia al Poder Ejecutivo para promulgar la norma anual de presupuesto no votada por el Congreso dentro del término previsto (art. 80).

7. Ligado a lo anterior, una vertiente de la doctrina peruana se expide —con mayor o menor contundencia— por hacer viable la alternativa fiscalizadora correctiva de la inconstitucionalidad por omisión.

Pueden incluirse en dicha nómina, entre otros autores¹²⁷⁴, al citado MORÓN URBINA y a ETO CRUZ.

1272 MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, p. 453.

1273 Dicha norma establece: “La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

“Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

“Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

1274 Por ejemplo, ÉDGAR CARPIO MARCOS, CARLOS MESÍA RAMÍREZ y ALBERTO BOREA ODRÍA.

Respecto del primero puede verse, por ejemplo, su trabajo titulado “La inconstitucionalidad por omisión legislativa a propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú”, *El Jurista. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*, Año I, N° 1, Lima, enero de 1991, pp. 89-104.

Ya acerca del segundo, es posible compulsar “La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión”, *Diálogo con la jurisprudencia. Revista de crítica y análisis jurisprudencial*, Año II, N° 2, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, pp. 19 y ss.

En torno al tercero, ETO CRUZ relata que en el nivel de la legislación ordinaria el tema de la omisión inconstitucional fue previsto al debatirse en la Comisión que elaboró la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23.506). Apoyándose en palabras de BOREA ODRÍA, recuerda que la mayoría de la Comisión aprobó un artículo que en el proyecto llevaba el N° 26, de acuerdo con el cual se disponía que “[n]o dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado” (BOREA ODRÍA, Alberto, *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, p. 187; cit. por ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo denominado “La inconstitucionalidad por omisión”, de su libro en coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Reflexiones a propósito del caso peruano*, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, FUNDAP, Querétaro, 2004, p. 53). Ante el temperamento adoptado, BOREA ODRÍA emitió un voto singular proponiendo la procedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los cuales fuera necesaria la previa reglamentación legal (ETO CRUZ, Gerardo, ídem).

Con algunos matices, entre otras importantes coincidencias, estos últimos se detienen a evocar la historia constitucional del Perú y destacan en tal recorrido que numerosas normas constitucionales jamás llegaron a aplicarse por falta de leyes de desarrollo constitucional.

Así, puede señalarse que la Constitución de 1920 exigía una legislación sobre seguridad industrial (art. 47), una relativa a los monopolios (art. 50), un Congreso Regional (arts. 102, inc. 3°, y 140), un Consejo de Estado, que no tuvieron encarnadura a causa de la inexistencia de normativa infraconstitucional¹²⁷⁵; la Constitución de 1933 que consagró los concejos departamentales (arts. 184-194), cuya decisión política —según enseña MORÓN URBINA— feneció sin ser desarrollada durante los cuarenta y siete años (47) de vigencia de dicha Constitución, o la acción popular (art. 133) que necesitó el transcurso de treinta (30) años para entrar en vigencia; o la Carta de 1979 que fue remplazada (por la actual de 1993) sin llegar a cumplir sus mandatos efectivos¹²⁷⁶.

De los autores reseñados, el que con mayor vehemencia se pronuncia favorablemente es ETO CRUZ, quien ha llegado a proponer en una futura reforma constitucional la incorporación de un nuevo proceso constitucional en defensa de la Ley fundamental bajo el *nomen iuris* de “acción de inconstitucionalidad por omisión” ubicada en el marco de competencia exclusiva del T.C., dirigida al control abstracto de la omisión inconstitucional y cuya sentencia estimativa no sólo debería disponer una simple recomendación al legislador renuente, sino su expreso desarrollo legislativo a través de un plazo inmediato o razonable¹²⁷⁷.

Siguiendo la evocación de ETO CRUZ, BOREA ODRÍA ha sostenido al respecto: “Si ha pasado un tiempo razonable y el legislador no ha cumplido con pronunciarse sobre el tema que la Constitución ordena, cabe la interposición de la acción de amparo y la suplenia de la inactividad legislativa por medio de una resolución judicial aplicada solamente al caso concreto del reclamante y con vigencia tan sólo hasta que el Poder Legislativo cumpla con emitir la norma” (BOREA ODRÍA, Alberto, op. cit., p. 188, aludido por ETO CRUZ, Gerardo, op. cit., p. 54).

Recuerda ETO CRUZ que, cuando la Comisión concluyó el proyecto, éste fue aprobado por el Consejo de Ministros y posteriormente remitido al Parlamento, donde la Comisión de Constitución lo revisó e hizo diversos retoques, suprimiendo el art. 26 del proyecto original y quedando el art. 25 que establece: “No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución [de 1979]”, es decir, las disposiciones constitucionales que irrogan nuevos gastos e inversiones (op. cit., p. 55 y nota 71).

1275 ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo llamado “La inconstitucionalidad por omisión”, del libro de su coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, op. cit., p. 51.

1276 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 452.

1277 ETO CRUZ, Gerardo, en el capítulo titulado “Una propuesta específica de Reforma Constitucional en el Perú: la creación del Proceso Constitucional de la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en el libro de su coautoría con CARPIO MARCOS, Édgar, op. cit., p. 102.

No sin firmeza, MORÓN URBINA también despliega un abanico argumental en favor del instituto en cuestión, poniendo de relieve —entre variados fundamentos— que corresponde llamar la atención respecto de “la necesidad de asegurar igual sujeción a la Constitución de la función normativa, con la asignada a otras funciones del Estado (administración y jurisdicción). En efecto, no obstante que la omisión del accionar estatal constituye un fenómeno posible durante el ejercicio de cualquier función pública; hasta la fecha, el Derecho sólo ha previsto soluciones parciales al problema, como son, por un lado, el reconocimiento del silencio administrativo, el agotamiento de la vía procedimental o la acción de cumplimiento, cuando la omisión es producida por la función administrativa del Estado y, por otro lado, la penalización como delito de denegación de justicia, a la preterición dolosa incurrida por los encargados de la función judicial”¹²⁷⁸.

Semejante situación le lleva a afirmar que “entre las posibles omisiones estatales en el ejercicio de las funciones administrativa, judicial y legislativa, *la única desprovista de algún remedio jurídico eficaz resulta ser la omisión legislativa*”¹²⁷⁹.

8. Más allá de algunas señales perceptibles en la jurisprudencia del Tribunal y en algún segmento del arco doctrinario, en cuanto a su situación actual en el derecho positivo peruano, debe aclararse que la figura no quedó cristalizada en el Anteproyecto de la Ley de Reforma Constitucional de abril de 2002 ni en el Proyecto de Reforma Constitucional de julio de 2002, elaborados por la Comisión de Constitución del Congreso del Perú, y tampoco fue incorporada al Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237).

9. Dejamos para el final poner de manifiesto la existencia de algunos signos muy alentadores en la jurisprudencia reciente del T.C., en torno al incremento de su preocupación por las formas o los modos de superar las preterisiones inconstitucionales.

Nos referimos por ejemplo a los casos de la “Hoja de coca” y de “AIDSESP”, en los que enfocó frontal y sistemáticamente la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, aun cuando no exista un remedio específico para conjurarla en el esquema normativo del Perú.

Se perfilaron, así, ciertas pautas para su aplicación; se examinaron sus distintas modalidades (incluso verbalizándose en el primero de los casos nombrados que se había conformado una particular hipótesis de *omisión de configuración jurisprudencial*);

1278 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 452.

1279 Ídem.

se ponderaron los aportes de la jurisprudencia del Tribunal para colaborar con el legislador a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, en las que “sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad” (como lo mencionara también en el mismo fallo).

Y, con un tinte aperturista, se dejó en claro la idea de buscar vías para controlar las pretericiones inconstitucionales, a partir de la existencia de un principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales, por ejemplo, mediante la readecuación de un *proceso de cumplimiento* incluso para dar operatividad a disposiciones surgidas de un instrumento internacional de derechos humanos como el Convenio N° 169 de la OIT (como lo hiciera en la segunda de las causas señaladas).

Así, no cabe duda de que el instituto de la inconstitucionalidad por omisión pareciera haber recibido carta de ciudadanía, al menos por ahora, en el ámbito de la doctrina jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO

III

**GUATEMALA Y MÉXICO.
ALGUNAS IMÁGENES EN CHILE,
EL SALVADOR Y NICARAGUA**

I. Guatemala

1. Algunos signos incipientes en la materia anteriores a la sentencia de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822/2011)

Antes de la sentencia que identifica el epígrafe, la Corte de Constitucionalidad (C. de C.) exhibía en su repertorio jurisprudencial ciertos precedentes en los que enfocaba —aunque no con demasiada contundencia— la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Efectuaba algunas citas doctrinarias sobre la materia y concluía en la imposibilidad de declarar la denominada omisión inconstitucional absoluta, decantándose sólo por la viabilidad de la omisión inconstitucional relativa.

En líneas generales, la tesis que sostenía la C. de C. puede expresarse de la siguiente manera: “En el ordenamiento jurídico guatemalteco *no está contemplada la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador, [... aunque] sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne ‘una regulación insuficiente o discriminatoria’*, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada”.

Como muestra de cuanto afirmamos, podemos a manera de ejemplo citar lo resuelto en:

- i) *La sentencia de 19 de julio de 1994*, emitida en el Expte. N° 174-1994, en la que sí se examinó una inconstitucionalidad por omisión contra una supuesta regulación insuficiente, concretamente del Decreto N° 2-94 (de 11 de abril de 1994) del Tribunal Supremo Electoral, que en la visión del impugnante violaba por omisión el art. 23, nuevo transitorio, de la Constitución¹²⁸⁰.
- ii) *El auto de 2 de marzo de 2009*, dictado en el marco del Expte. N° 63-2009, en el cual se desestimó un planteo de inconstitucionalidad formulado contra la supuesta omisión de dar cumplimiento al art. 70 de la Constitución¹²⁸¹.

1280 Norma que estableció cómo debía procederse para adecuar el Congreso de la República a las reformas a la Constitución de 1985, aprobadas por el Acuerdo Legislativo N° 18-93, de 17 de noviembre de 1993.

1281 La cláusula en cuestión establece que una ley específica regulará lo relativo a las materias de la sección tercera: “Comunidades indígenas”. La citada sección se ubica en el capítulo II (“Derechos Sociales”) del título II (“Derechos Humanos”).

iii) *La sentencia de 8 de febrero de 2011*, proferida en el Expte. N° 2.229-2010, donde se examinó la acción de inconstitucionalidad general por omisión del Congreso de la República en la emisión de la ley que debía regular las materias relativas a comunidades indígenas.

2. Un importante avance jurisprudencial: el fallo de 17 de julio de 2012

A) El caso se configura a partir de la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida contra el art. 201 bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la *omisión legislativa de incluir* “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”; supuestos contenidos en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Luego de realizar una interesante argumentación (que después detallaremos), la C. de C. concluyó en la existencia de la *inconstitucionalidad por omisión parcial* de la mencionada norma del Código Penal, tomando en cuenta que *su regulación incompleta* transgredía el art. 46 de la Constitución, que consagra la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el art. 149, *Ibid.*, en cuanto señala la obligación de Guatemala en punto a normar sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales, con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y la defensa de los derechos humanos.

Sobre tal base, hizo lugar a la acción instada y dispuso que el art. 201 bis del Código Penal conservara su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque debía ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en las citadas convenciones internacionales, que fueron omitidas en la legislación penal vigente.

Asimismo y a pesar de no tener fijado plazo en la Constitución para la emisión de la legislación señalada, *exhortó a los órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa* (diputados al Congreso de la República, el organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia) a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión, para lo cual determinó que, recibidas y admitidas iniciativa o iniciativas de reforma del art. 201 bis del Código Penal por el Congreso y conforme los trámites

previstos en la Constitución y la Ley Orgánica de este último organismo, se procediera a la discusión y la aprobación correspondientes.

B) Con citas doctrinarias, jurisprudenciales (de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica) y normativas (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), además de lo establecido en el art. 267 de la Constitución guatemalteca, consideró *viabile el conocimiento de la inconstitucionalidad por omisión* planteada.

El decisorio analizado de modo principal aquí es relevante pues afronta y asimila varios capítulos significativos de la *inconstitucionalidad por omisión*:

- La *finalidad* del control a su respecto, es decir, corregir la pérdida de eficacia normativa de la Constitución que impide la realización de la voluntad popular plasmada en la Ley fundamental, por la inacción de los poderes constituidos.
- La tipología *wesseliiana* de omisiones inconstitucionales: *absolutas y relativas*.
- El ámbito de configuración de la *omisión relativa* en la emisión de una norma, que puede generar una *transgresión a la igualdad* cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida a otros, provocando una norma desigual e incompleta. También puede ser denunciada cuando infringe normas constitucionales, en la medida en que tal omisión se vincule con la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos.
- La posibilidad de instar la *acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión*, cuando se impugne “una regulación insuficiente”; ello derivado del art. 267 de la Constitución, que en su parte pertinente establece: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.
- La identificación del problema que surge *luego de declarar infracciones a la normativa suprema por omisión legislativa en la expedición de leyes que aquella haya ordenado*, o bien por la dejación administrativa para la reglamentación de las leyes establecidas *en relación con la determinación de las formas de obligar a ese cumplimiento*. En otras palabras, enfoca la cuestión procesal constitucional de definir el tipo de sentencia a dictar y su alcance y efectos.

3. Necesaria alusión a la sentencia de 14 de febrero de 2013 (Expte. N° 266/2012)

A) Más allá de lo apuntado en la resolución que mencionábamos en el subap. anterior (17 de julio de 2012), un pronunciamiento posterior (14 de febrero de 2013) ha despertado algunas críticas.

B) El caso giraba en torno a cuestiones sumamente sensibles y complejas, como las relativas a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.

De hecho, los antecedentes de la causa marcan que la Asociación Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas, mediante su representante legal, dedujo *acción de inconstitucionalidad general parcial* indicando que la preceptiva contenida en los arts. 456, 460, 485, 504, 1074, 1125, 1129 y 1130 y el Libro II del Código Civil, Decreto Ley N° 106, adolecía del vicio de *inconstitucionalidad por omisión*, sustentándose en la inobservancia que la regulación impugnada exhibía acerca de los mandatos contenidos en los arts. 2, 3, 4, 44, 46, 49, 58, 66, 67, 68 y 70 de la Constitución, concretamente en cuanto no se reconocía el derecho a la propiedad comunal ni los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad de los pueblos indígenas.

Al resolver la cuestión, la C. de C. comenzó evocando el sentido de lo resuelto en la sentencia de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822-2011): la *viabilidad del conocimiento de acciones en las que lo que se acusa es un vicio de inconstitucionalidad por omisión parcial respecto de un mandato contenido en la Constitución vigente*.

El Tribunal realizó luego una serie de consideraciones que trasuntan la importancia que asigna a los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, respecto del mandato que dispone mantener el sistema de administración especial de tierras que históricamente les hayan pertenecido y su vinculación con lo estipulado en el art. 70 del texto constitucional, en cuanto a que “una ley regulará” lo relativo a tales aspectos, tarea que la C. de C. consideró que es aún una materia pendiente en la historia legislativa guatemalteca.

Incluso dejó en claro que el reto que en tal sentido debe superar el organismo legislativo involucra también el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por Guatemala, como el Convenio N° 169 de la OIT, que impone la emisión de una legislación que impulse el desarrollo de los pueblos indígenas en todas las esferas de su vida social.

De hecho, la C. de C. recordó el dictado de la opinión consultiva de 18 de mayo de 1995 (Expte. N° 199-95), en la que enfatizó que dicho instrumento internacional

constituye “un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad”.

Por lo demás y entre otras apreciaciones, también puso el acento en la intelección que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte IDH ha realizado respecto de lo establecido en el art. 21 de la CADH (protección al derecho a la propiedad) en casos como “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, y “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006¹²⁸², sin omitir una referencia a la relevancia de la “Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, adoptada por Resolución 61/295 de la Asamblea General de dicha Organización el 10 de diciembre de 2007.

Como conclusión de las anteriores apreciaciones, indicó que “existe una serie de obligaciones que deben cumplirse al momento de regular, de acuerdo con el principio de reserva de ley, el derecho a la propiedad comunal y lo relacionado con la protección de las formas tradicionales de propiedad de las comunidades indígenas, especialmente cuando aquéllas no cuenten con personería jurídica; todo ello, en observancia del mandato específico dirigido al Congreso de la República por medio del artículo 70 de la Constitución”.

Luego de argumentar acerca de la gran importancia que atribuía a la cuestión, la C. de C. sostuvo que *las omisiones absolutas no pueden configurar un vicio objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta*, pues si la función esencial de la Corte es la defensa del orden constitucional, por pretender subsanar aquella omisión, asumiría una “posición extremadamente activista” y además rebasaría “el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa” que en la Constitución le fue concedida al Congreso de la República. Puntualizó también que los afectados por una omisión absoluta “pueden acudir ante sus representantes electos para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta” y solicitar “siempre en el ejercicio legítimo de sus derechos y de acuerdo con los

1282 Las referencias correctas de los fallos que el Tribunal cita son las siguientes: Corte IDH, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; y “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

De cualquier modo, las consideraciones que la C. de C. transcribe en el fallo y en particular atribuye a la última de las sentencias aludidas en el párrafo anterior, corresponden en realidad al “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párrafo 120; y no al “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”.

procedimientos propios de una democracia y un Estado Constitucional de Derecho, el cese de aquella ausencia total de legislación, en un plazo razonable”.

Acotó que para el caso de omisiones relativas, “únicas que son justiciables en la jurisdicción constitucional”, el planteamiento debe satisfacer, al menos, los siguientes presupuestos de procedibilidad: “*i*) que el texto de la norma constitucional que contenga el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión; y *ii*) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República”.

Argumentó que en la causa que examinamos, las normas impugnadas por vía de inconstitucionalidad por omisión son *preconstitucionales*, es decir, fueron emitidas y entraron en vigor en fecha anterior (1963) a la de la actual Constitución (1985), por lo que “es fácil colegir que cuando se emitieron los artículos 456, 460, 485, 504, 1074, 1125, 1129, 1130 y el Libro II, todos del Código Civil, Decreto Ley 106 no existía la previsión constitucional aludida en los artículos 67, 68 y 70 del texto supremo, que el emisor de los artículos impugnados tuvo necesariamente que observar para que pueda evidenciarse inconstitucionalidad por omisión, en este caso, por omisión relativa”.

En consecuencia y por su carácter *preconstitucional*, las citadas normas eventualmente *podrían ser objeto de enjuiciamiento pero por vicio de inconstitucionalidad sobrevenida no así por vicio de inconstitucionalidad por omisión relativa*, por lo cual la C. de C. procedió a desestimar la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial, por omisión, promovida en los autos.

C) A modo de breve comentario, entendemos que la solución dada por la C. de C. es opinable, tal vez demasiado formalista y con una argumentación no del todo consistente.

Siempre es saludable que un órgano máximo de justicia constitucional sea prudente y consciente de sus límites, pero ante la magnitud y la relevancia de la cuestión sobre la que versaba este proceso en particular, tal vez la C. de C. podría haber explorado algunas vías alternativas como la de, por ejemplo, una *sentencia exhortativa* al Congreso de la República.

Si bien en la primigenia percepción de WESSEL respecto de las variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales, las pretericiones absolutas no tendrían remedio en el marco de la justicia constitucional, creemos que tal posición hoy aparece un tanto desenfocada ante las necesidades funcionales y la importancia institucional de las cuestiones que los tribunales, las cortes o salas constitucionales deben resolver.

Sin extralimitarse, deben operar con un *activismo prudente y equilibrado* y no obturar de manera categórica y tajante cualquier compuerta que pudiera conducir a

brindar soluciones constitucionalmente sustentables ante *omisiones totales o absolutas* de los órganos legisferantes.

La supremacía y la fuerza normativa de la Constitución son dos piezas fundamentales a las que se puede y debe acudir para fundar soluciones jurisdiccionales en tal sentido, las que, sin ser intolerablemente invasivas de espacios competenciales de otros poderes del Estado, impliquen el cabal ejercicio por la C. de C. de sus roles de guardianas máxima y última intérprete de la Ley fundamental.

4. Mensaje final

En suma, en el señero pronunciamiento de 17 de julio de 2012 (Expte. N° 1.822/2011) la C. de C. *consolida la viabilidad del control sobre las omisiones inconstitucionales parciales o relativas* ya anticipado —bien que someramente— en fallos anteriores, y afronta con mayor contundencia la problemática general de la inconstitucionalidad por omisión con sus pliegues y repliegues.

Pero también (en lo que consideramos una muestra más de la conexión entre los controles de constitucionalidad y de convencionalidad) aplica con una visión innovadora y creativa el *bloque de constitucionalidad* y cristaliza la percepción de los estándares internacionales como *parámetros de control de constitucionalidad de las leyes*.

Y aunque no lo verbalice, los insumos analíticos que utiliza permiten conjeturar que tal vez el fallo reconozca cierta inspiración en la categoría de la *inconventionalidad por omisión*.

Si bien el avance es plausible, no puede ocultarse que la posterior sentencia de 14 de febrero de 2013 (Expte. N° 266/2012) ha encendido algunas luces de alerta sobre los alcances de la percepción que la C. de C. tiene en torno al instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Tal como anunciábamos, existen asuntos muy sensibles social, cultural, política e institucionalmente que ameritan una actitud un poco más potente del Tribunal atreviéndose, incluso, a explorar posibles respuestas jurisdiccionales contra las *omisiones inconstitucionales totales o absolutas*, generando vías de articulación dialógica con el Congreso de la República en la búsqueda de soluciones consistentes con las imperiosas exigencias del Estado Constitucional y Convencional y la protección y realización de los derechos fundamentales¹²⁸³.

1283 Respecto de éstos y otros temas contemporáneos de importancia en materia de jurisdicción constitucional, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “La justicia constitucional en América Latina y

II. México

1. Sobre la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Al solo efecto ilustrativo, pero de utilidad para posicionarnos en la realidad jurídica mexicana, no podía faltar alguna referencia a la interesante y debatida cuestión relativa a si la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) presenta o no los caracteres de un tribunal constitucional, especialmente a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 1994¹²⁸⁴ (sin soslayar, por supuesto, la de 29 de agosto de 1987) y computando, asimismo, las modificaciones constitucionales de 21 de agosto de 1996 y de 11 de junio de 1999.

Como aspectos centrales de la mencionada modificación constitucional de 1994 puede apuntarse que¹²⁸⁵:

- Se proporcionó a la SCJN una nueva estructura y composición de acuerdo con las también nuevas funciones que se le adjudicaron.
- Se introdujo y perfeccionó lo referido a las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.
- Se reformó el juicio de amparo para facilitar el cumplimiento o la ejecución de las sentencias.
- Se estableció que en los conflictos laborales en el Poder Judicial de la Federación que se suscitaren entre la SCJN y sus funcionarios y empleados, sea a ésta a la que corresponda la solución de los mismos; mientras que cabría al Consejo de la Judicatura solventarlos cuando tales conflictos se produzcan entre los empleados de los demás tribunales federales.
- Se determinó que pueden ser impugnadas jurisdiccionalmente las resoluciones de la Procuraduría General de la República para establecer el “ejercicio” o el “no ejercicio” de la acción penal y con ello plantear alguna denuncia para que conozca un juez penal.

algunos desafíos temáticos que afronta”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, N° 1/2014, data pubblicazione: 7 febbraio 2014 (http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_Bazan.pdf).

1284 En cuya exposición de motivos se consignaba textualmente el propósito de “consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal de Constitucionalidad y otorgar mayor fuerza a sus decisiones”.

1285 Seguiremos aquí el esquema descriptivo de BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, D.F., 1998, pp. 17 y ss.

Luego de quedar delineados los perfiles salientes del paisaje posterior a aquellas innovaciones constitucionales, y en orden a desarrollar algunas respuestas al problema que anunciábamos al inicio de este epígrafe, es dable indicar que la doctrina está hasta cierto punto dividida en cuanto a si la SCJN ha devenido o no en un tribunal constitucional.

Entre los que responden afirmativamente a dicho interrogante central —y que, según se dijera, son mayoría—, puede contarse a CORZO SOSA, quien indica que la aludida Corte tiene las características que la identifican plenamente como un tribunal constitucional, aun cuando sigue conservando algunas materias en las que puede ejercer el control de legalidad, lo que no reduce su competencia constitucional¹²⁸⁶. En sentido coincidente, lo hacen —por citar sólo algunos ejemplos— FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA¹²⁸⁷.

En dirección contraria, puede contabilizarse la visión ofrecida por GARCÍA BELAUNDE, quien si bien concede que la Corte Suprema tiene cierto parentesco con las salas constitucionales de otros países o con los tribunales o cortes constitucionales, no debe imputársele ser un tribunal constitucional, sino en todo caso, una corte ordinaria con prevalente función constitucional, sin perjuicio de lo cual afirma que corresponde rescatar el avance de la institucionalidad mexicana y el nuevo papel que ha adoptado la mencionada Corte¹²⁸⁸. El catedrático peruano, sustentándose en BRAGE CAMAZANO y entre otras razones que llevarían a éste a negar una asimilación de tal naturaleza, recuerda que la Corte ve muchas cosas relacionadas con el quehacer judicial de la Federación y es además el ente jerárquico más alto del Poder Judicial de ese país, por lo que equipararla a un tribunal constitucional es, en realidad, un exceso¹²⁸⁹.

1286 CORZO SOSA, Édgar, “La justicia constitucional mexicana a fin de siglo”, AA.VV., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, IJ de la UNAM, México, D.F., 1998, p. 221.

1287 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6ª ed., Porrúa - IJ de la UNAM, México, D.F., 2009, p. 876.

1288 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, p. 326.

1289 Ídem.

Para ampliar la referencia de GARCÍA BELAUNDE, comprobamos que BRAGE CAMAZANO en concreto ha sostenido: “aun cuando pensamos que no puede afirmarse en rigor que la Suprema Corte sea un verdadero tribunal constitucional por ser ésta una evolución todavía no completamente ultimada por cuanto que dicho tribunal retiene ciertas competencias de mera legalidad ordinaria cuya atribución a un auténtico tribunal constitucional no puede justificarse (recursos de apelación y de revisión; unificación de doctrina; conflictos jurisdiccionales, etc.), lo cierto es que materialmente se aproxima a uno de estos tribunales y, desde luego, aunque no sin notables limitaciones, se halla más próxima en la actualidad de ser uno de ellos que de ser lo que su ‘nomen iuris’ parece continuar indicando, es decir, un tribunal de naturaleza casacional” (BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, pp. 921-922, nota 7 a pie de página, parte *in fine*).

Por su parte, CARBONELL precisa que en México se han hecho sucesivas reformas constitucionales que han acercado a la SCJN al modelo kelseniano de tribunal constitucional, no obstante lo cual no se ha conseguido la existencia de un verdadero tribunal constitucional ya que faltan —apunta— dos requisitos importantes: *i*) la declaración general de inconstitucionalidad que solamente puede emitir la Corte en algunos de los casos de las controversias constitucionales y en la relativamente limitada “acción de inconstitucionalidad”, pero no en las resoluciones de los juicios de amparo; y *ii*) la separación orgánica entre poder judicial ordinario y jurisdicción constitucional, pues a pesar de que —reconoce— en las reformas de 1988, 1994 y 1999 ya se ha realizado una importante separación funcional entre ambas jurisdicciones, pareciera que todavía falta dar un pequeño salto y distinguirlas nítidamente de modo que exista un verdadero órgano controlador de la legalidad y otro dedicado solamente a los asuntos de constitucionalidad¹²⁹⁰.

Aparentemente, el primero de los cuestionamientos del autor citado en el párrafo anterior ha quedado salvado con la citada reforma constitucional en materia de *amparo* (publicada en el D.O.F. de 6 de junio de 2011), desarrollada mediante la también nombrada ley reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución (publicada en el D.O.F. el 2 de abril de 2013), que implementa nuevos conceptos e instituciones como la *declaratoria general de inconstitucionalidad por la SCJN* en los juicios de amparo indirecto en revisión (ver arts. 231-235 de la nueva ley de amparo, capítulo VI, título cuarto).

A su tiempo, NAVA GOMAR advierte que una cosa es que se califique a la Corte con el “carácter” de un tribunal constitucional y otra muy distinta es que lo sea¹²⁹¹.

Tal autor afirma, en primer lugar, que si un tribunal constitucional es un órgano de naturaleza constitucional, no integrado, en sentido estricto y desde una perspectiva orgánica, en el Poder Judicial y tiene además el monopolio sobre la competencia constitucional en todo el Estado, es evidente que la Suprema Corte no es un tribunal constitucional, sino el máximo de los tribunales en el Estado mexicano y cosa distinta es que efectivamente cuente con facultades, en algunos casos correlativos a otros tribunales constitucionales. El segundo punto de la fundamentación es de naturaleza material y consiste en aseverar que la materia constitucional no convierte a un tribunal

1290 CARBONELL, Miguel, “Nuevos paradigmas de la división de poderes (con especial referencia al ordenamiento jurídico mexicano)”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N° 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, pp. 177-178.

1291 NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Colección Estudios Constitucionales, Universidad Anáhuac del Sur, México, D.F., 2003, p. 182.

en constitucional, pues en todo caso los juzgados de distrito lo serían desde que se les facultó para conocer del juicio de amparo¹²⁹².

Sea como fuera y más allá de las interesantes disquisiciones doctrinarias, a nuestro juicio existe un punto que no admite discusión: la Suprema Corte (que en sus sentencias se autotitula “Tribunal Constitucional”) ha experimentado una metamorfosis funcional en cuyo grado actual de evolución puede apreciarse que ha absorbido primordialmente la competencia en materia constitucional, acercándose materialmente a un órgano jurisdiccional especializado sobre el particular, sin perjuicio de conservar algunas competencias de mera legalidad ordinaria.

Por último, un dato importante a tener en cuenta radica en que en la Exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, se puntualizó: “*Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones, exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo*”.

2. El art. 105 de la Constitución mexicana

Precisamente en el escenario mencionado y con la lógica descrita, debe entenderse el nuevo contenido que la aludida reforma constitucional de 1994 en su momento proporcionó al art. 105 de la Ley fundamental mexicana.

En condensada referencia a las atribuciones que tal precepto acordó a la Suprema Corte, valga decir que le atribuyó el conocimiento y la resolución de tres tipos de asuntos: **i)** controversias constitucionales (fracción I); **ii)** acciones de inconstitucionalidad (fracción II); y **iii)** recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten (fracción III).

Lo anterior de acuerdo con el siguiente detalle:

- En la denominación genérica de las primeras, *controversias constitucionales*, se concentraron procesos con distintas características, los que —siguiendo el esquema taxonómico propuesto por Cossío Díaz— podían discriminarse en tres categorías: **a)** la relativa a los conflictos entre *distintos órdenes jurídicos* con motivo de la constitucionalidad o legalidad de normas generales o individuales;

1292 *Ibid.*, p. 183.

b) la compuesta por los conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por los mismos motivos y tipos de normas; y **c)** la atinente a los conflictos entre órganos del mismo orden jurídico, con motivo de la constitucionalidad de sus normas generales o individuales¹²⁹³.

- Las segundas, *acciones de inconstitucionalidad*, son procesos en los cuales determinados órganos o fragmentos de órganos, o los órganos directivos de determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidas constitucionalmente de interés para la sociedad, planteaban ante el pleno de la Corte el control abstracto de la regularidad constitucional de determinadas normas generales¹²⁹⁴.
- Por último, en la fracción III del mencionado art. 105 de la Constitución federal, se reguló la competencia de la Corte para conocer del recurso de apelación en los *procesos ordinarios del orden federal en que la Federación fuera parte*, esto es, en los que podía intervenir como actora o demandada, concurriendo en su carácter de orden normativo y no como autoridad, sino como sujeto de relaciones privadas¹²⁹⁵.

A su tiempo, y si bien no existe norma expresa que prefigure una acción específica para controlar las omisiones anticonstitucionales en el orden federal mexicano (sí en determinadas normativas constitucionales e infraconstitucionales locales como tuviéramos ocasión de constatar en el título decimotercero, capítulo II, de este trabajo), algunas voces doctrinarias reconocieron que la figura de la inconstitucionalidad por omisión podía operar en el ámbito competencial del Máximo Tribunal de Justicia de México (y, agregamos por nuestra parte y según veremos más adelante, la propia jurisprudencia de la SCJN en cierta medida ha dado muestras afirmativas en tal sentido).

Así, siempre teniendo en consideración el panorama abierto por la reforma constitucional de 1994 (el que a su vez ha recibido varias innovaciones posteriores) y ya en lo referido específicamente al ámbito de las *controversias constitucionales* reguladas como pudimos apreciar en la fracción I del citado artículo 105 constitucional, Cossío Díaz recordó que en punto a la *materia* sobre la que podían versar aquellas, la Constitución se refería a *disposiciones generales y actos*, lo que abría amplias posibilidades de impugnación al grado que prácticamente podía comprenderse cualquier tipo de norma jurídica o, incluso, que bajo la segunda acepción se llegasen a

1293 Cossío Díaz, José Ramón, "Artículo 105 constitucional", op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº II, 4ª ed., 2003, p. 982.

1294 *Ibid.*, p. 991.

1295 *Ibid.*, p. 998.

abarcas las actuaciones u *omisiones* de las autoridades correspondientes (cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, T° X, agosto de 1999, p. 568)¹²⁹⁶.

Sobre el punto, el autor citado en último término advirtió que siendo clara la posibilidad de impugnación de ciertas normas (leyes, reglamentos, etcétera), podían surgir dudas respecto de otras, entre las cuales incluyó la de determinar si la Suprema Corte podía conocer de controversias planteadas con motivo de una *omisión* (la jurisprudencia ulterior del tribunal le respondería afirmativamente), problema que tendría particular importancia respecto de las competencias denominadas “coincidentes en sentido restringido”, es decir, aquellas en las que, correspondiendo la materia a los órdenes federal y locales en sus respectivos ámbitos, recaía en uno de los órganos de esos órdenes la fijación de las modalidades de la distribución¹²⁹⁷.

Aquel autor explicaba al respecto que, en términos generales, mientras *el órgano del cual se reclamase la omisión no ejerciera sus facultades*, la Corte podría compelerlo a que lo hiciera sin señalar el sentido material de su actuación, ya que si procediera de esa forma, terminaría por sustituirse en el ejercicio de las facultades del órgano de que se tratase¹²⁹⁸.

Por su parte y contrariamente a la hipótesis descrita en el párrafo precedente, entendía el citado doctrinario que cuando se estimaba que el órgano había incurrido en su actuar en una *omisión parcial* respecto de lo ordenado por una Norma superior (fuera o no la Constitución), podía llevarse a cabo el control de regularidad a efecto de establecer, incluso, el contenido de la norma que debería ser expedida¹²⁹⁹.

De lo anterior podía extraerse provisionalmente que en el sector específicamente valorado de las *controversias constitucionales*, como hipótesis de mínima *la SCJN podía conocer de las omisiones relativas o parciales*, ámbito en el que estaría habilitada incluso para marcarle al órgano omitente el sentido material de la actuación.

Este punto nos abre el camino hacia la trilogía de tópicos que abordaremos sucesivamente a continuación: la jurisprudencia de la SCJN en materia de *controversias constitucionales* relativas a omisiones, indolencias, incumplimientos (ap. 3); la idoneidad o falta de aptitud de la *acción de inconstitucionalidad* en el campo de las pretermissiones inconstitucionales (ap. 4), y la eventual potencialidad del *amparo* en tales menesteres (ap. 5).

1296 *Ibid.*, p. 983.

1297 *Ídem*.

1298 *Ibid.*, pp. 983-984.

1299 *Ibid.*, p. 984.

3. Algunos pronunciamientos interesantes de la SCJN sobre omisiones en general y omisiones legislativas en particular, en el marco de controversias constitucionales. Ciertas cuestiones dudosas o conflictivas

Transitando en lo posible una senda cronológica y sin ánimo de taxatividad, reseñaremos algunos casos relevantes encapsulados en controversias constitucionales que depararon ciertos lineamientos jurisprudenciales significativos en torno a las omisiones en general y a las omisiones legislativas en particular.

Sin perjuicio de cuanto aquí diremos acerca de determinados avances de la doctrina jurisdiccional de la SCJN en el área del control de las pretericiones inconstitucionales, no debe perderse de vista que ese proceso no ha sido lineal ni ininterrumpido, sino que presenta algunos “lunares” o cuestiones opinables.

Seguidamente presentaremos en primer lugar un conjunto de causas que han permitido construir ciertos estándares interpretativos del tribunal en la materia para luego efectuar algunas matizaciones que explican por qué afirmábamos que la secuencia jurisprudencial no ha sido siempre uniforme.

A) Decisiones que han afrontado la cuestión de las omisiones en general y las pretericiones legislativas en particular

a) Controversia constitucional 3/97

Esta controversia se resolvió el 13 de julio de 1999, por unanimidad de nueve (9) votos de la SCJN, Tribunal pleno. El actor fue el Ayuntamiento Constitucional de Berriozábal, Estado de Chiapas¹³⁰⁰.

En la sentencia que la dilucidó se estableció que “*cuando se reclaman omisiones, corresponde a la parte actora desvirtuar las pruebas con las que la demandada demostró su inexistencia*”.

Al respecto, la SCJN determinó que si bien es cierto que tratándose de *omisiones* corresponde a la autoridad demandada probar su inexistencia, también lo es que si ésta acredita esa circunstancia, traslada la carga de la prueba a la actora, quien debe desvirtuar las pruebas ofrecidas por aquella para demostrar que no incurrió en la omisión que se le atribuía.

1300 Controversia constitucional 3/97, tesis jurisprudencial N° 81/1999; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° X, agosto de 1999, p. 567, pleno, tesis P./J. 81/99; véase ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° IX, junio de 1999, p. 661, Apéndice 1917-2000, T° I, Jurisprudencia, Acciones de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales, p. 32, pleno, tesis 32.

b) *Las controversias constitucionales 46/2002 y 61/2010*

Un importante antecedente de controversia constitucional en el marco de una *omisión legislativa* se dio con la controversia 46/2002, resuelta por mayoría de siete (7) votos del Tribunal pleno de la SCJN, el 10 de marzo de 2005.

El 1 de agosto de 2002, el Presidente, el Síndico Segundo y el Secretario del Ayuntamiento, todos del Municipio de San Pedro Garza García, promovieron la aludida controversia constitucional demandando del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León, la *omisión* en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases del procedimiento administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.

La SCJN, con la citada mayoría, declaró procedente y fundada la controversia constitucional en cuestión. Así, y con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa involucrada, condenó al *Congreso del Estado de Nuevo León a que dentro del segundo período de sesiones* (que de acuerdo con los arts. 55 de la Constitución local y 5 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo de esa entidad comprendía desde el 30 de marzo al 30 de junio de 2005), *realizara las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el art. 115 de la Constitución federal.*

El Poder Legislativo local efectuó *una serie de reformas y modificaciones al marco jurídico del Estado de Nuevo León, y por auto de 13 de junio de 2007 el Presidente de la SCJN tuvo por cumplida la sentencia.*

Vinculada con la anterior se dio la controversia 61/2010 (Actor: Municipio de San Pedro Garza García, Estado de Nuevo León, SCJN, Tribunal pleno, resuelta el 14 de junio de 2012), donde en lo específicamente pertinente a los efectos de este estudio se analizó la *omisión* en la discusión y aprobación de las disposiciones en materia municipal que establecieran la integración, el funcionamiento y las atribuciones del órgano de lo contencioso municipal, conforme a las disposiciones del decreto publicado en el D.O.F. de 23 de diciembre de 1999, que efectivizara los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.

El planteo de la controversia fue considerado temporáneo porque “si de las constancias de autos no se advierte que esté demostrado que en la fecha *de presentación de la demanda, la parte demandada hubiera subsanado las omisiones que se le imputan, debe considerarse oportuna, ya que el plazo para ello se computa de momento a momento mientras las omisiones subsistan*” (ap. 56). Ello resulta consecuencia de la tesis de

jurisprudencia P./J. 43/2003 que, como podremos apreciar, constituye cristalizada doctrina del tribunal.

Éste indicó que por una parte se impugnan actos omisivos, y derivado de estas omisiones se cuestiona el sostenimiento del ejercicio de la competencia o intromisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo local en el ámbito municipal.

Uno de los argumentos del Poder Legislativo del Estado de Nuevo León consistía en que la pretermisión endilgada *en ambas controversias constitucionales era la misma*. Al analizar tal causal de improcedencia, la SCJN la desestimó porque su estudio involucraba cuestiones del fondo del asunto y, a diferencia de los actos positivos en los cuales la certeza puede derivar de su mera comparación, en el caso de los actos omisivos, esto no resulta de la misma operación, pues para valorar si la omisión impugnada en una primera controversia es idéntica a la segunda o no, era necesario estudiar los planteamientos en el estudio de fondo. Para formular tal aserto se basó en lo resuelto en la tesis N° P./J. 92/99 de rubro: “*Controversia constitucional. Si se hace valer una causal de improcedencia que involucra el estudio de fondo, deberá desestimarse*”.

Concluyó que los actos, las autoridades demandadas y los conceptos de invalidez no eran completamente idénticos en ambas controversias. Agregó que si bien los arts. 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León se adicionaron en cumplimiento de la controversia constitucional 46/2002, “*este cumplimiento configura a su vez una nueva omisión que es de la que se duele ahora el municipio, ya que, si bien actualmente se prevé legalmente la existencia de estos órganos, la remisión que hace el segundo párrafo del artículo 169 a un inexistente ‘ordenamiento legal correspondiente’, cancela la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan los órganos mencionados, haciendo inoperante el ejercicio de su facultad constitucional municipal de crear los órganos necesarios para la resolución de controversias entre la administración municipal y los particulares. La omisión impugnada en la presente controversia es una nueva omisión, ya que si bien los artículos analizados de los que deriva esta omisión fueron emitidos en cumplimiento de la diversa controversia 46/2002, lo cierto es que esta omisión procede justo del segundo párrafo del artículo 169 el cual remite a otro ordenamiento legal para lograr su plena eficacia, ordenamiento que no existe y que configura esta nueva omisión. Así, en la controversia constitucional 46/2002 se trató de una omisión absoluta y en esta controversia que se analiza se combate una omisión parcial o relativa*” (ap. 91).

En definitiva, y en lo estrictamente vinculado al tema que interesa a los fines de esta investigación, la SCJN (por mayoría de diez —10— votos) *declaró fundada la controversia constitucional, en contra de la omisión legislativa del Congreso del Estado de Nuevo León, consistente en la falta de emisión del ordenamiento legal a*

que se refiere el párrafo segundo del art. 169 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal de la entidad federativa, que contuviera las bases de integración, funcionamiento y atribuciones de los órganos de lo contencioso administrativo, que dirimirían las controversias administrativas entre la administración pública municipal y los gobernados. Ya por unanimidad de once (11) votos se estableció que la mencionada omisión *debería subsanarse mediante la emisión de la regulación correspondiente, a más tardar en el siguiente período ordinario de sesiones del Congreso local que iniciaba en el mes de septiembre de 2012* (pto. resolutivo tercero).

c) **Controversia constitucional 80/2004**

Fue dilucidada el 14 de julio de 2005, habiendo sido planteada por el Municipio de Juárez, Estado de Chihuahua, contra el Poder Legislativo de tal entidad federativa. Básicamente, se endilgaba a éste la *omisión de legislar* en materia de servicios públicos municipales, en los términos del art. 115 de la Constitución federal, reformado mediante decreto publicado en el D.O.F. el 23 de diciembre de 1999, conforme lo ordenaba el artículo segundo transitorio del propio decreto.

La SCJN, en Tribunal pleno, señaló que “en el caso no basta con que la autoridad demandada niegue haber incurrido en las omisiones que se le imputan y pretenda acreditar su dicho con diversos elementos de prueba, toda vez que para que quede demostrada la inexistencia de actos, es menester analizar, no únicamente si la autoridad incurrió o no en conductas omisivas, sino también si constitucionalmente existe el deber de realizar esas conductas y, en su caso, si éstas fueron acatadas en sus términos, lo que constituye una *cuestión relativa al estudio de fondo del asunto*”.

Sobre el particular reenvió a lo que había decidido en la tesis jurisprudencial 92/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, p. 710, en relación con que *si en una controversia constitucional se hace valer una causal donde se involucra una argumentación en íntima relación con el fondo del negocio, debe desestimarse y declararse la procedencia*, y si no se surte otro motivo de improcedencia, hacer el estudio de los conceptos de invalidez relativos a las cuestiones constitucionales propuestas.

El artículo transitorio segundo del decreto por el que se reformó el artículo 115 constitucional, publicado el 23 de diciembre de 1999, estipuló que *los Estados debían adecuar sus constituciones y leyes conforme a lo dispuesto en este decreto a más tardar en un (1) año a partir de su entrada en vigor*. En tal sentido, y acerca de la temporaneidad de la demanda, la SCJN expresó que si la propia constitución estableció dicho plazo para que las legislaturas locales adecuaran su legislación en relación con los servicios públicos municipales, tal circunstancia tenía como efecto conceder un período

suficiente para que se realizaran esas adecuaciones y, al concluir el plazo otorgado y no cumplirse con el mandato constitucional, *la autoridad legislativa incurría en omisión, sin que por ello variara la naturaleza de ésta, puesto que seguía siendo un acto que se reiteraba de momento a momento hasta tanto no se cumpliera con el deber constitucional; por tal motivo, no podía establecerse válidamente un tiempo determinado para que iniciara el plazo para su impugnación a través de la controversia constitucional.*

En torno a la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* sentó algunas importantes premisas, al manifestar que:

- Se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una *omisión del legislador*, en su función primordial, esto es, expedir leyes. Así, puede producirse cuando el legislador no observa en un “tiempo razonable” o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la Norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, es decir, *la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial*; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, cuando el legislador al dictar una ley en ejercicio de su facultad constitucional, lo hace en forma deficiente o incompleta.
- En el sistema jurídico mexicano, que cuenta con una Constitución escrita y rígida, el legislador ordinario ha recibido del órgano reformador de la Constitución determinados mandatos, contenidos en la norma constitucional, por lo que no sólo cuenta con la facultad o autorización, sino que *está obligado a crear las leyes necesarias para darle plena eficacia a las disposiciones constitucionales y, ante su inactividad, debe estimarse que se transgrede la supremacía constitucional y aún más, cuando con ese silencio se llega a originar una situación jurídica contraria a la Constitución, esto es, con motivo de las consecuencias que de esa inactividad se deriven.*
- En algunos casos si dentro de un “plazo razonable” existe la inactividad o el silencio del legislador, se está ante una violación a la Constitución, ya que, aun cuando para ello se requiere de la labor e interpretación del juzgador constitucional para establecer en cada caso cuál es ese tiempo razonable, no depende del legislador el elegir en forma discrecional el momento en que se ha de desarrollar una norma constitucional.

- La falta de desarrollo de mandatos constitucionales de legislar dentro del plazo que establece el propio órgano reformador de la Constitución origina una *omisión legislativa* que transgrede la Constitución, pues en este caso se está ante un mandato expreso al legislador secundario para expedir una ley.
- Ante la exigencia marcada en la propia Constitución para que el legislador desarrolle en una ley una disposición constitucional, está obligado a acatarla, pues *de lo contrario se conculca la supremacía constitucional y se impide su plena eficacia*. La eficacia jurídica de la Norma fundamental se colma precisamente a partir del cumplimiento de sus disposiciones, por lo que si los poderes legislativos estatales se encuentran obligados por dichas normas a adecuar las leyes locales a las disposiciones constitucionales federales, al no hacerlo, se impide su plena aplicación.
- En el caso, la *omisión legislativa* impugnada se traduce en que no se han expedido el procedimiento y las condiciones a que se sujetarán los municipios del Estado, ni las demás disposiciones legales que deben desarrollar todos los supuestos que contiene el art. 115 de la Constitución federal, lo cual impide que las reformas a ésta puedan tener plena eficacia, ya que en los términos en que está redactado el citado artículo 115 constitucional, no podría sostenerse que la omisión legislativa se subsane con la aplicación directa del propio precepto fundamental, sino que se requieren las normas legales que desarrollen los supuestos previstos en dicho marco constitucional, pues precisamente el órgano reformador de la Constitución dejó a las legislaturas locales el desarrollo del contenido de la Norma fundamental, el cual no podrá colmarse hasta tanto sean adecuadas no sólo las disposiciones constitucionales estatales, sino aquellas leyes secundarias que rijan la materia municipal en lo particular y que es en todo caso, además, en las que podrían desarrollarse las bases de la administración pública municipal.
- La obligación constitucional de adecuar la legislación municipal dentro de un plazo determinado, deriva de un mandato expreso del órgano reformador de la Constitución, dirigido al legislador estatal, por lo que la contravención a aquella existe desde el momento en que dichas adecuaciones no se realizaron dentro de ese plazo.
- Si la Constitución federal, como Norma suprema del país, es “vinculatoria” para todos los sujetos políticos por igual, entre ellos, el órgano legislativo estatal, al ordenar el citado artículo segundo transitorio un plazo específico para que se hicieran las adecuaciones correspondientes, el Congreso estatal debió hacer todo lo que estuviera a su alcance para lograr su cumplimiento efectivo y oportuno, máxime cuando se trata de un *mandato al legislador con un plazo determinado*, pues

ante el texto de la Constitución federal, el Congreso estatal tenía la obligación de ajustar a aquella la Constitución local y las leyes correspondientes; ya que cuando en la Constitución federal se establece una disposición determinada e incluso se señala la obligación de la legislatura estatal a acatarla en un determinado plazo, *la mayor violación a la Constitución es no hacer lo necesario para que ésta se acate.*

- En esas condiciones, en el presente caso, *al no haberse adecuado las disposiciones legales municipales y continuar vigentes las existentes, se transgredía el marco constitucional* que para el ámbito municipal estableció el órgano reformador de la Constitución, esto es, la falta de adecuación de tales normas contravenía por sí lo dispuesto en el artículo 115 constitucional, pues se impedía su plena eficacia; así como también se transgredía el artículo segundo transitorio del decreto por el cual fue reformado, ya que de acuerdo con este numeral el plazo para realizar dichas adecuaciones había fenecido el 21 de marzo de 2001.
- En efecto, para el cabal cumplimiento del imperativo constitucional en comento, no bastaba con que la legislatura local reprodujera en la Constitución y en el Código municipal de la entidad, los postulados constitucionales, sino que era menester implementar en las leyes municipales la forma en que los municipios deberían asumir el ejercicio y la prestación de los servicios públicos de su competencia, con todos los efectos y las consecuencias jurídicas que de ello derivasen.

En definitiva, con mayoría de siete (7) miembros el Tribunal pleno de la SCJN declaró procedente y fundada la controversia constitucional; estableció que el Congreso del Estado de Chihuahua, dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la notificación de la sentencia, debería realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional, con fundamento en los numerales 41, fracciones IV y V, y 45, último párrafo, y con la finalidad de salvaguardar el orden jurídico en la entidad federativa; y, además, *determinó la existencia de la omisión legislativa correspondiente.*

d) Controversia constitucional 14/2005

Resuelta el 3 de octubre de 2005, fue promovida por el Municipio de Centro del Estado de Tabasco contra el Poder Legislativo de tal entidad federativa por la *omisión* de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirían de base para el cobro de las contribuciones correspondientes, y la iniciativa por la que el citado municipio solicitó autorización para celebrar la contratación de empréstitos para llevar a cabo inversiones y proyectos productivos, garantizando el cumplimiento de este crédito con las participaciones federales que le correspondían.

Una síntesis de lo decidido en el particular por la SCJN puede exponerse como sigue:

- La *controversia constitucional procede contra omisiones*, y mientras éstas subsistan la oportunidad para su impugnación se *actualiza día a día*.
- En cuanto a la posibilidad de actuación de las autoridades del ordenamiento jurídico, el principio de reparto competencial fijado por la Constitución federal marca que “*todo aquello que no se encuentra expresamente facultado para las autoridades se encuentra prohibido*” y que “*las autoridades sólo pueden realizar los actos dictados sobre bases expresas previstas en el ordenamiento y, en particular, en la Constitución*”.
- Así, existen: **i)** *prohibiciones expresas*, que operan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; **ii)** *competencias de ejercicio potestativo*, en las cuales el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución dispensada; y **iii)** *competencias de ejercicio obligatorio*, en las que el órgano del Estado está obligado a ejercerlas como lo determina la Constitución.
- Respecto de los órganos legislativos, las *competencias de ejercicio potestativo*, al no implicar una obligación permiten que ellos puedan decidir si las ejercen o no, y en qué momento lo harán; y las *competencias de ejercicio obligatorio* son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, o sea, una obligación (expresa o implícita) de realizarlas, por lo que su incumplimiento trae aparejada una sanción.
- Ante las *competencias* señaladas en el párrafo anterior puede existir una *omisión absoluta* del órgano legislativo si éste no ha ejercido tal competencia ni ha manifestado normativamente su voluntad de hacerlo; o bien puede haber ejercido su competencia pero de modo parcial o incompleto produciendo una *omisión relativa*.
- Llevando tales consideraciones generales al supuesto concreto planteado, la SCJN concluyó que el Congreso local incurrió en una *omisión legislativa de carácter absoluto respecto de una competencia de ejercicio obligatorio*, quebrantando con su inactividad la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso señalado en los arts. 115, fracción IV, inc. ‘a’, antepenúltimo y penúltimo párrafos, y 5 transitorio de la reforma de 1999, *impidiéndose la plena eficacia constitucional*.
- En definitiva, estableció que el Congreso del Estado de Tabasco debía pronunciarse de maneras fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores y construcciones que le presentó el municipio actor, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos

115 constitucional y 5 transitorio del decreto que lo reformó en diciembre de 1999. Ello debería hacerse dentro del segundo período de sesiones que, de acuerdo con los arts. 23 de la Constitución local y 35 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado, comprendía del 1 de octubre al 15 de diciembre de 2005.

e) Controversias constitucionales 122/2011 y 38/2011

En las relativamente recientes controversias constitucionales 122/2011 (Promovente: Estado de Nuevo León, SCJN, Segunda Sala, de 30 de enero de 2013) y 38/2011 (Actor: Poder Legislativo del Estado de Michoacán, SCJN, Segunda Sala, de 9 de noviembre de 2011), se reenvió a la aludida jurisprudencia P./J. 43/2003¹³⁰¹, cuyos rubro y texto son:

“Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquéllas subsistan. El artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece plazo específico para la promoción de la controversia constitucional respecto de omisiones, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se genera y reitera día a día, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma. Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista”.

Ya particularmente en la controversia constitucional 38/2011, se instituyó que cuando en una controversia constitucional se impugne una *omisión* debe probarse que la autoridad correspondiente se abstuvo por completo de actuar en el sentido que le obliga la ley. Por consiguiente, para acreditar una omisión es necesario analizar las disposiciones jurídicas de las que deriva la obligación cuya falta de realización se combate.

Para sustentar tal criterio aludió nuevamente a la jurisprudencia P./J. 43/2003, en la parte que dice:

“Cuando en una controversia constitucional se reclamen omisiones, el plazo para promover la demanda es indefinido en tanto prevalezca la inactividad cuestionada. Sin embargo, para que dicha norma de excepción creada por la jurisprudencia cobre aplicación, es menester que precisamente esa inactividad sea el motivo de la impugnación, de tal forma que la pretensión del actor sea que se llene un vacío legal

1301 Registro IUS: 183581, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVIII, agosto de 2003, Instancia: pleno, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 43/2003, p. 1296.

o se materialice una obligación derivada de la ley, de manera que la sentencia que en su momento se dicte declare que la omisión de la demandada es contraria a las normas jurídicas aplicables, ante la evidencia de que no actuó como debía hacerlo; en la inteligencia de que no basta el incumplimiento de una norma general para que se actualice una omisión impugnada en esos términos, pues para ello es necesario que con ese proceder se produzca un vacío legal o bien la falta absoluta de actuación de la autoridad, ya que de otra forma cualquier infracción a la ley implicaría la omisión y, por tanto, dejar de hacer debidamente lo ordenado bastaría para que el actor pudiera reclamarla sin sujetarse a un plazo, lo cual no puede ser aceptable, por lo que en este supuesto deben regir las reglas previstas en el artículo 21 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional”.

f) Respeto de la controversia constitucional 4/2005

Aunque no respetemos la línea cronológica, insertamos aquí una breve alusión a la controversia del epígrafe, ya anunciada, para contrastar las posiciones adoptadas en ésta y en su par 1/2007 que examinaremos *infra*.

La controversia 4/2005¹³⁰² fue interpuesta por el Poder Judicial del Estado de Tlaxcala contra el Poder Legislativo de esa entidad federativa, demandándole la convocatoria para elegir a once (11) magistrados propietarios y a tres (3) magistrados supernumerarios y sus respectivos suplentes, con el objeto de que se integrara el pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2005 y el último día del mes de enero de 2011.

La controversia fue resuelta por la SCJN el 13 de octubre de 2005. En el proceso, si bien la parte actora no alegó la existencia de una pretermisión legislativa, fue el propio tribunal el que —en la parte considerativa del pronunciamiento, aunque sin trasladarlo al segmento dispositivo— concluyó que en el caso existía una *omisión legislativa atribuible al Congreso del Estado de Tlaxcala*.

Así, en el considerando 7º sostuvo que dicho órgano legisferante había incurrido en una *omisión legislativa de carácter absoluto en el ejercicio de una facultad o competencia de ejercicio obligatorio*, ya que tenía la obligación constitucional de adecuar su Constitución y sus leyes locales a las disposiciones de la Constitución federal, a más tardar el 18 de marzo de 1988, y no lo hizo, resaltando aún más, que a la fecha del dictado de la sentencia tampoco lo había realizado. Así, con esta *omisión legislativa absoluta* se actualizaba una violación directa a la Constitución federal, ya que el legislador del Estado de Tlaxcala, con su inactividad respecto de la actualización de

1302 Controversia constitucional 4/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tº XXII, diciembre de 2005, p. 1677.

su normativa local a las disposiciones de la Constitución federal, había quebrantado la normatividad constitucional al desobedecer un mandato expreso constitucional, que le impuso el Poder Reformador de la Constitución en el artículo segundo transitorio de la reforma de 1987. Por tanto, al no haberse adecuado la normativa estatal a las disposiciones de la Constitución federal, concretamente a lo establecido por el art. 116, fracción III, resultaba claro que este precepto constitucional fue transgredido, ya que en el Estado de Tlaxcala no se habían hecho efectivas sus disposiciones por lo que se impedía su plena eficacia¹³⁰³.

En definitiva, la SCJN *conminó al Congreso de la entidad federativa para que, a la brevedad posible, diera cumplimiento al mandato constitucional de legislar y procediera a realizar las adecuaciones a la normativa estatal, conformándolas a los principios establecidos en el citado art. 116, fracción III, de la Carta magna federal.*

B) Ciertos pronunciamientos polémicos

a) Controversia constitucional 1/2007

Planteada por el Municipio de Lázaro Cárdenas, Michoacán, fue resuelta el 18 de septiembre de 2007 por la SCJN en Tribunal pleno.

El Municipio actor denunció que el Decreto N° 519, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, el 13 de enero de 2005, que adicionó las disposiciones jurídicas contenidas en el título tercero, capítulo tercero, denominado ‘Del Procedimiento para la Desaparición y Suspensión de Ayuntamientos y suspensión o revocación de alguno de sus miembros’, era contrario a la Constitución federal, y su aprobación, promulgación, publicación y ejecución eran igualmente inconstitucionales, al contradecir el art. 115, fracción I, *Ibid.* Señaló además que en el decreto en cuestión no se establecían las causas graves para suspender ayuntamientos, declarar la desaparición de éstos y suspender o revocar el mandato a alguno de sus miembros a que se refiere el artículo 115 constitucional, *por lo que de manera evidente y clara el decreto impugnado contradecía por omisión* la citada disposición constitucional.

1303 Al resolverse esta cuestión se establecieron las siguientes tesis de jurisprudencia:

Tesis P./J. 14/2006, de rubro: *Congreso del Estado de Tlaxcala. El incumplimiento del mandato constitucional expreso impuesto por el Poder Reformador de la Constitución federal en los artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete a los artículos 17 y 116, configura una omisión legislativa absoluta* (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXIII, febrero de 2006, p. 1250, IUS 175, 996).

Tesis P./J. 13/2006, de rubro: *Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos —artículos primero y segundo transitorios de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y siete—* (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXIII, febrero de 2006, p. 1365, IUS 175, 939).

Distanciándose de lo que hiciera en la nombrada controversia 4/2005, en la presente controversia 1/2007, donde *se acusó de modo expreso la omisión inconstitucional*, la SCJN no se pronunció al respecto y recondujo la cuestión declarando la “invalidez” del art. 174 de la Ley Orgánica y de Procedimientos del Congreso del Estado de Michoacán, contenido en el nombrado Decreto N° 519, por contravenir el párrafo tercero de la fracción I del art. 115 de la Constitución federal (cfr. punto resolutivo tercero), al no establecer las “causas graves” en las que se encontraba fundada la intervención del Congreso local para tales efectos.

Dicho ítem resolutivo, en lo específicamente referente a la declaración de invalidez del art. 174 de aquella ley, fue aprobado por mayoría de diez (10) votos. El Ministro Aguirre Anguiano votó en contra y reservó su derecho de formular voto particular; mientras que el Ministro Cossío Díaz reservó el suyo para formular *votos particular, respecto de la existencia de la omisión*, y concurrente acerca de la declaración de invalidez.

b) Cuarenta y cuatro (44) controversias constitucionales declaradas improcedentes respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

Pese a algunos considerables avances en la materia (como dimos cuenta en varios de los pronunciamientos citados en la primera parte de este apartado), en un determinado momento de su despliegue jurisprudencial la SCJN cambió su criterio.

Así, como pone de manifiesto RANGEL HERNÁNDEZ, en un total de cuarenta y cuatro (44) controversias constitucionales encabezadas por la 59/2006, el tribunal mudó su criterio y se pronunció por la improcedencia de la controversia constitucional respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, determinación con la que “se da un paso atrás, retornando a un clima de total inseguridad sobre el tema y consecuentemente se produce una falta de acceso a la justicia constitucional”¹³⁰⁴.

Se trata de las controversias 59/2006, 60/2006, 61/2006, 63/2006 a 102/2006 y 104/2006, discutiéndose sólo la primera de ellas y por votación favorable del pleno el resto se resolvió en idénticos términos, dadas sus características y semejanzas, todas en torno a la falta de establecimiento de condiciones especiales de acceso a los medios de telecomunicación a los pueblos y comunidades indígenas. La autora mencionada en el párrafo anterior recuerda que en el resolutivo cuarto de las sentencias de 15 de octubre de 2007 el tribunal determinó la improcedencia de la controversia constitucional respecto de la omisión legislativa¹³⁰⁵.

1304 RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 33, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009, pp. 313-314.

1305 *Ibid.*, p. 314, nota 40 a pie de página.

Sin embargo, advierte la aludida doctrinaria que “en el bloque de controversias donde se revirtió el criterio anterior, apenas se alcanzó una apretada mayoría, toda vez que la votación fue de cinco contra tres, dado que al momento de tomar la votación definitiva, sólo hubo participación de ocho Ministros, siendo muy significativas las ausencias [de los Ministros Góngora Pimentel y Cossío Díaz, ambos partidarios de corregir las omisiones legislativas por medio de las controversias constitucionales]. El punto aquí es que esta reducida mayoría de cinco votos no es suficiente para dejar sin efectos la determinación lograda por una mayoría de diez votos en el sentido de la procedencia de la controversia constitucional [por ejemplo en la N° 14/2005], no obstante, es innegable que tendrá un altísimo impacto el hecho de que se trate de cuarenta y cuatro controversias en las que se optó por la improcedencia”¹³⁰⁶.

Sea como fuera, con posterioridad al rechazo de tan considerable cantidad de controversias la SCJN ha dado algunas muestras en el sentido de retomar la senda discurrida anteriormente, es decir, en favor de la procedencia de controversias constitucionales respecto de pretermissiones legislativas.

4. Acercamiento a la acción de inconstitucionalidad

A) *Panorama*

BÁEZ SILVA indica que la *acción abstracta de inconstitucionalidad* no es el instrumento adecuado para *atacar la inactividad total del legislador o de otro órgano*, ya que aquella tiene por objeto examinar la posible contradicción entre una norma impugnada y una norma constitucional, o sea, se analiza el resultado o producto de una actividad normativa, y en el caso de las omisiones normativas tal actividad no existe¹³⁰⁷.

En cambio, en la óptica del autor mencionado en último término, la aludida acción sí procede contra *omisiones legislativas parciales*, supuesto en el cual la SCJN “otorga un plazo razonable, conmina, al órgano legislativo a legislar *completamente*, es decir, a subsanar la omisión parcial”¹³⁰⁸ [énfasis del original].

En realidad, tal panorama puede corroborarse repasando algunos pronunciamientos de la SCJN sobre la materia. Nos referimos, por ejemplo, a las sentencias correspondientes a la acción de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus

1306 *Ibid.*, pp. 314-315.

1307 BÁEZ SILVA, Carlos, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en el ordenamiento federal”, en su libro *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 27, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009, p. 63.

1308 *Ibid.*, p. 64.

acumuladas 23/2001 y 24/2001)¹³⁰⁹ y a la acción de inconstitucionalidad 27/2002¹³¹⁰, por un lado; y a la acción de inconstitucionalidad 7/2003¹³¹¹, por el otro. Pasaremos a reseñarlas sucintamente.

a) El primer grupo de decisorios

a.1) Acción de inconstitucionalidad 22/2001 y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001

Sintéticamente, tres partidos políticos (Convergencia por la Democracia, de la Sociedad Nacionalista y Alianza Social) dedujeron sendas acciones de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 216 por el que se reformó, *inter alia*, el art. 38 de la Ley Electoral del Estado de Hidalgo, publicado en el *Periódico Oficial* local de 10 de mayo de 2001.

Consideraban que el inc. 'h' de la fracción I de aquel precepto violaba el art. 116, fracción IV, inc. 'f', de la Constitución federal dado que se excluía a los partidos políticos de reciente creación o que no tuvieran antecedentes electorales en las elecciones para diputados, del financiamiento público para actividades generales, a que tenían derecho de conformidad con la Carta magna federal.

El 23 de agosto de 2001 la SCJN, que oportunamente había acumulado las acciones planteadas, por unanimidad de diez (10) votos las juzgó procedentes y parcialmente fundadas (M.P. Humberto Román Palacios), declarando la invalidez del art. 38, fracciones I, inc. 'h' (totalmente), y II, inc. 'e' (parcialmente), de la Ley electoral de aquella entidad federativa; y con fundamento en el art. 41, fracción IV, de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, ordenó a la legislatura estatal que regulara lo referente al financiamiento público respecto de actividades generales para los partidos políticos de reciente creación, para lo cual le fijó un plazo de veinte (20) días naturales para dar cumplimiento al fallo y emitir la señalada normatividad.

En suma, y ante la *omisión parcial o relativa* de la citada disposición en prever el financiamiento público para los partidos que no tuvieran antecedentes electorales en el Estado, se requirió a la legislatura de la entidad que emitiera la normativa correspondiente en la que se previera la "ministración" del financiamiento público para esos partidos.

a.2) Acción de inconstitucionalidad 27/2002

El Partido de la Revolución Democrática (PRD) formalizó acción de inconstitucionalidad en contra de la X Legislatura y del Gobernador constitucionales,

1309 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XIV, septiembre de 2001, p. 825.

1310 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVII, marzo de 2003, p. 1047.

1311 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XVII, marzo de 2003, p. 961.

ambos del Estado de Quintana Roo, demandando la invalidez —en cuanto a lo que aquí importa— de los arts. 30, fracción III, y 38, de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de esa entidad federativa. En el primero de los preceptos no se había establecido el plazo específico para que la legislatura local (o en caso de receso de ésta, la diputación permanente) resolviera respecto de la designación del consejero presidente sustituto en el supuesto de ausencia definitiva del consejero presidente del Consejo General del Instituto (además de que, mientras la legislatura estatal o la diputación permanente, en su caso, no resolvieran, seguiría encargado del despacho el secretario general); y en el segundo no se especificaba el plazo o tiempo máximo en que el director jurídico del referido instituto podía actuar como sustituto del secretario general.

El 18 de febrero de 2003 el pleno de la SCJN (M.P. Sergio Salvador Aguirre Anguiano), por unanimidad de diez (10) votos, acogió en lo pertinente la acción; declaró la invalidez de los arts. 30, fracción III, y 38 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de Quintana Roo (por no cumplir con el deber impuesto por el art. 116, fracción IV, inc. 'b', de la Constitución federal, en cuanto a que las constituciones y leyes estatales garanticen que la función electoral se rija por el principio de certeza), y en consecuencia requirió a la legislatura local que por lo menos noventa (90) días antes de que iniciara el proceso electoral realizara la adecuación de los citados preceptos.

Claramente, se observa aquí la convergencia (y subsanación) de una *omisión legislativa parcial o relativa*.

b) Acción de inconstitucionalidad 7/2003

Resuelta el 4 de marzo de 2003 (M.P. Juan Díaz Romero), la presidenta del Comité Ejecutivo Nacional del PRD pretendía impugnar por medio de tal acción una *omisión legislativa* —según verbalizó la propia SCJN—, consistente en que el Congreso del Estado de Tabasco no había ajustado las disposiciones legales orgánicas y secundarias al Decreto N° 192, de 26 de noviembre de 2002, mediante el cual se reformaron y modificaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Tabasco (relacionadas especialmente con la materia electoral), y que fuera publicado en el *Periódico Oficial* de la entidad el 27 de noviembre de 2002.

Separándose de lo que había resuelto en las acciones de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001) y 27/2002, la SCJN sobreseyó (desestimó) la acción de inconstitucionalidad 7/2003 por mayoría de nueve (9) votos. Debe ponerse de resalto que en disidencia se pronunció el Ministro Góngora Pimentel

por medio de un sólido voto¹³¹² (al que enseguida aludiremos brevemente) en el que se manifestaba a favor de receptor la acción de inconstitucionalidad en el marco de las omisiones legislativas.

Concretamente, en su sesión privada de 18 de abril de 2005 el Tribunal pleno aprobó la tesis jurisprudencial 23/2005¹³¹³, bajo el epígrafe: “*Acción de inconstitucionalidad. Es improcedente contra la omisión del congreso local de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de la entidad a las disposiciones de un decreto por el que se modificó la constitución estatal*”. Puntualizó lo siguiente:

“Del análisis gramatical y teleológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de una entidad federativa a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó la Constitución estatal, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma.* Lo anterior se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la reforma del citado precepto constitucional, de donde se advierte que *la intención del Órgano reformador de la Constitución federal, al crear la acción de inconstitucionalidad, fue la de establecer una vía para que los entes legitimados, entre ellos los partidos políticos, pudieran plantear ante esta Suprema Corte la posible contradicción entre una norma general publicada en el medio oficial correspondiente y la Constitución federal, características que no reviste la aludida omisión del Congreso local, dado que no constituye una norma general y menos aún ha sido promulgada y publicada, por lo que resulta improcedente dicha vía constitucional*”.

1312 Nótese por ejemplo que en uno de los puntos específicos dentro de los votos particulares que formulara la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en la acción de inconstitucionalidad 26/2006 (resuelta por la SCJN, Tribunal pleno, el 7 de junio de 2007), promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, inauguró *su disidencia respecto del criterio mayoritario acerca de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad para impugnar omisiones legislativas*.

La magistrada señaló lo siguiente: “En ocasiones anteriores, quien suscribe este voto ha compartido el criterio mayoritario, en el sentido de que no es posible ejercer un control constitucional respecto de una omisión legislativa. Sin embargo, *he decidido firmemente cambiar de criterio en atención al contenido del voto particular emitido por el ministro Genaro David Góngora Pimentel, en la acción de inconstitucionalidad 7/2003*” (los votos en cuestión de la Ministra pueden verse en D.O.F., segunda sección, 4 de septiembre de 2008).

1313 P./J. 23/2005, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tº XXI, mayo de 2005, p. 781.

Más allá de la posición que fijaba, el tribunal se vio obligado a reconocer que en algunas resoluciones había impuesto a las legislaturas la obligación de legislar sobre *omisiones* en que incurrieron en lo referente a su sistema electoral, aclarando que ello se dio “*como resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas, pero nunca con motivo de una omisión total en la expedición de una ley*”.

Citó como ejemplos los casos de las aludidas acciones de inconstitucionalidad 22/2001 (y sus acumuladas 23/2001 y 24/2001) y 27/2002, aunque enfatizó que en dichos supuestos “*la omisión de las legislaturas consistía, simplemente, en una regulación deficiente de la ley, esto es, se trataba de una omisión parcial, pues lo cierto es que había ley, pero no se trataba de una omisión total en cuanto a la expedición de una disposición o disposiciones, independientemente de que había oportunidad constitucional para componerlas, lo que no se da en el presente asunto*”.

Por último, tal como anunciábamos y entre otras apreciaciones, en su citado voto particular el Ministro Góngora Pimentel expresó: “Desde mi punto de vista que en esta ocasión difiere del que sostiene el criterio de la mayoría de este Tribunal Pleno y parte de la hipótesis central sobre *la eficacia jurídica que pueden tener las normas constitucionales si el legislador, al cual obligan, hace caso omiso al mandato constitucional de emitir una disposición legislativa o adecuar la ya existente*. A mi entender, considero que se deja muy mal parada la norma constitucional, la que queda como una hoja de papel. *Un tribunal constitucional no puede dejar de incentivar la eficacia jurídica de una norma constitucional, pues en la medida en que no lo haga, estará permitiendo su propia vulneración*. Sin ánimo academicista pero con la responsabilidad de formar parte de un tribunal constitucional, debe insistirse sobre la eficacia jurídica de las normas constitucionales y el grado de obligación que despliegan respecto al legislador, uno de los destinatarios naturales de las normas constitucionales, ya que a él le corresponde desarrollar el contenido de las normas constitucionales para lograr una mayor eficacia de las mismas”.

1314 Puede también mencionarse, a guisa de ejemplo, a la acción de inconstitucionalidad 8/2010, que fue promovida por el Procurador General de la República, resuelta el 22 de marzo de 2012 (M.P. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia) y publicada en el D.O.F., tercera sección, 16 de octubre de 2012, pp. 47 y ss.

El demandante planteó, en lo que aquí concierne, que el art. 70, fracción III, de la Constitución Política del Estado de Yucatán (referido a la *acción por omisión legislativa o normativa*) violaba los arts. 14, 115 y 116 de la Constitución federal. Se basó en que la figura jurídica o medio de control constitucional llamado *acción por omisión legislativa o normativa*, imputable al Congreso, al Gobernador o a los ayuntamientos, sobrepasaba el verdadero objetivo de control constitucional en el nivel local, puesto que el Poder Judicial, a través del pleno del Tribunal Superior de Justicia, se colocaba —al resolver—

B) Un significativo precedente: la acción de inconstitucionalidad 118/2008¹³¹⁴

Es preciso detenerse unos instantes en la *acción de inconstitucionalidad 118/2008*, pues de la sentencia que la resolvió surgen algunos elementos significativos a los fines de esta indagación.

El promovente de la acción fue el PRD y la sentencia fue proferida el 9 de diciembre de 2008¹³¹⁵ (M.P. Mariano Azuela Güitrón). Básicamente, la acción perseguía la declaración de invalidez del decreto de reformas a los arts. 82 y 105 del Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos, emitido por el Congreso de esa entidad federativa y promulgado por su Gobernador, publicadas en el *Periódico Oficial* local de 2 de octubre de 2008.

El núcleo del planteo del PRD contra el Poder Legislativo del Estado de Morelos radicaba en dos puntos: *i*) acusaba el incumplimiento de la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007 respecto del artículo transitorio sexto que establecía que las reformas deberían ser instrumentadas por los Estados a más tardar en un (1) año contado desde la publicación de tal modificación constitucional; y *ii*) argumentaba la falta de establecimiento de una regla de recuento de votos conforme al art. 116, fracción IV, inc. 1, de la Constitución federal, porque de la simple lectura de la legislación del Estado de Morelos no surgía la existencia de modelo, sistema o disposición algunos para semejante recuento de sufragios.

por encima de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de los municipios.

Tal concepto de invalidez fue rechazado por la SCJN, por mayoría de diez —10— votos, reconociendo en consecuencia la constitucionalidad de la fracción III del art. 70 de la Ley fundamental local.

La SCJN sostuvo que los Congresos de los Estados tienen un amplio margen de configuración constitucional y legal para establecer —en el caso concreto— el diseño de su órgano de control constitucional local así como los respectivos medios de control e impugnación, sin que ello implique por sí mismo, una invasión a la esfera de atribuciones de los otros poderes u órganos de gobierno estatales.

Entendió asimismo que el pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional estatal, únicamente resolverá una eventual disputa sobre la existencia o inexistencia de omisiones legislativas o normativas, para que, en su caso, su resolución judicial haga jurídicamente aplicables y exigibles los plazos constitucionales —previamente fijados— para que cada órgano público, en uso pleno de sus facultades y autonomías, ejerza las atribuciones que le corresponden para subsanar dichas omisiones.

Añadió, entre otros fundamentos, que la acción por omisión legislativa o normativa no es un medio que permita al Poder Judicial controlar el ejercicio de la facultad soberana del Poder Legislativo, ni de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, o de la potestad normativa municipal, sino que más bien le otorga la potestad de determinar si existe una obligación de legislar o emitir normatividad y en su caso, declarar si existe incumplimiento o no de tal obligación.

Además, afirmó que dicha vía no compromete ni afecta el proceso legislativo estatal ordinario, ni la facultad de iniciativa o de discusión, aprobación o promulgación de las leyes, ya que la resolución del Tribunal Constitucional local no tendrá ningún alcance respecto del contenido de la normatividad faltante, sino únicamente sobre su ausencia y sobre la obligatoriedad de su expedición.

1315 D.O.F., 20 de enero de 2009.

La SCJN rechazó el primer argumento y consideró fundado el segundo. Acerca de este último se basó en que las Constituciones y leyes de los Estados, en materia electoral, debían garantizar que tanto en los ámbitos administrativo como jurisdiccional se fijaran las reglas para el recuento total o parcial de votación; adecuación que no se verificaba en el Código Electoral estatal ya que la única disposición legal que se refería al tema era su art. 286 donde sólo se establecieron dos reglas para el *recuento parcial* de votos en sede administrativa, en los niveles distrital y municipal.

En consecuencia, el tribunal estimó que tal previsión legal no colmaba la exigencia derivada de la reforma constitucional en materia electoral de 13 de noviembre de 2007, contenida en el art. 116, fracción IV, inc. 'I', de la Constitución federal, porque nítidamente se prescribía que las leyes electorales de los Estados "*deben garantizar que se señalen los supuestos y las reglas para la realización, en los ámbitos administrativo y jurisdiccional, de recuentos totales o parciales de votación*".

En el caso, sólo se preveían dos (2) supuestos y reglas de recuento *parcial* de votos en sede administrativa en los niveles distrital y municipal. Faltaban, por tanto, *los supuestos y las reglas de recuentos totales en sedes administrativa y jurisdiccional*.

Precisamente en lo que incumbe a los fines de este trabajo, manifestó (consid. sexto):

"No es óbice a lo anterior, que la violación constitucional consista en una omisión legislativa y que este Alto Tribunal haya anteriormente sostenido el criterio de que la acción de inconstitucionalidad resultaba improcedente en estos casos, porque derivado de una nueva reflexión debe precisarse que los órganos legislativos cuentan con facultades de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquellos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades —de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo—, y de omisiones —absolutas y relativas—, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en

competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente”.

Para desarrollar tal fundamentación, se basó en la siguiente jurisprudencia del Tribunal pleno (de idéntico contenido al texto transcrito en el párrafo anterior): N° Registro: 175.872. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° XXIII, febrero de 2006, Tesis: P/J. 11/2006. Página: 1527.

Añadió que en el caso la omisión legislativa que combatía era clasificable como “*relativa en competencia de ejercicio obligatorio*”, por cuanto el Congreso del Estado de Morelos emitió el Código Electoral de esa entidad federativa teniendo el mandato constitucional para hacerlo derivado de la reforma constitucional en materia electoral publicada en el D.O.F. el 13 de noviembre de 2007, obligación de adecuación que fue abastecida de manera general, aunque *ese cumplimiento resultaba deficiente en lo relativo a los supuestos y las reglas de recuentos parciales o totales en sedes administrativa y jurisdiccional*.

Se encargó asimismo de aclarar que si bien en principio había sostenido que la acción de inconstitucionalidad era improcedente contra la omisión de los congresos de los Estados de expedir una ley, sin embargo, tal criterio no aplicaba cuando se trataba de una *omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas*¹³¹⁶, como acontecía en el *sub lite*.

En suma, consideró que resultaba procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad presentada por el PRD en contra de la *omisión legislativa del Congreso del Estado de Morelos* consistente en regular de manera deficiente en el Código Electoral de esa entidad, los supuestos y las reglas de los recuentos parciales o totales en los ámbitos administrativo y jurisdiccional prevista en el inc. ‘I’, fracción IV, numeral 116, de la Constitución federal. Estableció en consecuencia que el órgano legislativo de esa entidad federativa *debía legislar a la brevedad posible, para corregir la*

1316 Se sustentó al respecto en el criterio jurisprudencial que señala: “*Acción de inconstitucionalidad. Si bien es improcedente contra una omisión absoluta en la expedición de una ley, no lo es cuando aquella sea resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas*. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas” (N° Registro: 170.413, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° XXVII, febrero de 2008, Jurisprudencia, Materia[s]: Constitucional, Instancia: pleno, Tesis: P/J. 5/2008, p. 1336).

deficiencia apuntada, antes de la celebración de la jornada electoral estatal de 5 de julio de 2009 (cfr. punto dispositivo cuarto, decidido por mayoría de ocho —8— votos).

5. El juicio de amparo

A) Amparo y omisión legislativa

Primeramente puede ser interesante evocar una causa que, resuelta por la SCJN, en cierta medida vinculó el amparo y la omisión legislativa.

En la citada reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994¹³¹⁷ se incorporó como párrafo cuarto del art. 21 la siguiente disposición: “Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional *en los términos que establezca la ley*” (hoy inexistente con ese texto¹³¹⁸).

Hubo de transcurrir bastante tiempo, más de seis (6) años, para lograr que tal dispositivo legal federal fuera dictado. En realidad, el 9 de junio de 2000 se reformó la Ley de Amparo, agregándose la fracción VII a su art. 114 para dar viabilidad al juicio de amparo directo contra las resoluciones del Ministerio Público a que hacía referencia el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, verificado el cumplimiento del principio de definitividad.

En el interregno hasta la emisión de tal preceptiva y ante el contenido del mencionado párrafo del citado precepto, los afectados por decisiones del Ministerio Público en el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal habían intentado ejercer tal derecho constitucional —inexistente antes de la modificación constitucional— empleando el *amparo indirecto* por tal fin y argumentando que se les violaba una “garantía individual”¹³¹⁹.

Como recuerda BÁEZ SILVA, los juzgados de distrito y los tribunales colegiados de circuito que conocieron de los diferentes casos establecieron criterios diversos sentando dos posiciones contradictorias:

1317 Innovación constitucional que entró en vigor el 1 de enero de 1995, es decir y de acuerdo con lo estipulado por su artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación en el D.O.F.

1318 Encontramos algunas similitudes en el actual art. 20 de la Constitución, ap. C: “De los derechos de la víctima o del ofendido”, fracción VII, que establece el derecho de estos de “[i]mpugnar ante autoridad judicial las *omisiones* del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño” (artículo reformado mediante Decreto publicado en el D.O.F. el 18 de junio de 2008).

1319 BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, Tº I, 4ª ed., 2003, p. 905.

- Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público se entendía procedente el juicio de amparo indirecto en virtud de que, a pesar de no existir la ley a que hacía mención el art. 21 constitucional, en el mismo se consagraba un derecho del individuo, siendo el amparo el mecanismo de garantía del mismo¹³²⁰.
- Contra el no ejercicio o desistimiento de la acción penal por parte del Ministerio Público no era procedente el amparo, ya que la no reglamentación del derecho individual “de ninguna manera implica la procedencia del juicio de amparo, fundamentalmente porque el legislador no estableció que un órgano de control constitucional sea la autoridad competente para analizar el acto de que se trata, además de que no está precisado en alguna ley ordinaria que sea aplicable al caso a quien se legitima para exigir el respeto de la garantía individual que establece tal precepto”¹³²¹.

Ante semejante dicotomía de criterios, la SCJN analizó la cuestión y en fecha 5 de junio de 2000¹³²² (por unanimidad de diez —10— votos) salvó aquella discrepancia en la Contradicción de Tesis 18/98-PL entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Cuarto Circuito.

En tren de resaltar algunas de las líneas principales que trasuntó el pronunciamiento en cuestión —obviamente en punto a lo que aquí nos interesa principalmente—, pueden relevarse las siguientes¹³²³:

- “[L]a intención del Poder Revisor de la Constitución con la reforma del artículo 21, párrafo cuarto, de la Carta magna, es la de reconocer constitucionalmente en favor del querellante, denunciante, víctima del delito o de los familiares de éste, o del legalmente interesado por la comisión de un ilícito, el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, coetáneo del derecho a exigir del Estado la persecución de los delitos, lo que se traduce en el *nacimiento de una garantía individual*, pues es un derecho que la Constitución garantiza al gobernado frente a la autoridad, la que, por consecuencia, se ve limitada en la función relativa, en la medida en que sus

1320 Dicha posición se apoya en el precedente de la primera sentencia de amparo (cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° III, junio de 1996, p. 759, Tesis I.3°.P.7 P.; y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° IV, agosto de 1996, p. 619, Tesis IV.1°.1 P.; siguiendo a BÁEZ SILVA, Carlos, id. p. y nota 72).

1321 Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° IV, noviembre de 1996, p. 393, Tesis IV.3°.11 P. (cfr. BÁEZ SILVA, Carlos, id. p. y nota 73).

1322 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T° XII, noviembre de 2000, p. 361.

1323 Cabe aclarar que todas las formulaciones que se transcribirán corresponden al consid. octavo del pronunciamiento relatado.

mencionadas determinaciones pueden ser revisadas por autoridad jurisdiccional y, en su caso, factible lograr que en reparación se ejercite la acción o se retire el desistimiento”.

- “*El respeto a esa garantía individual no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que se emita la disposición legal que reglamente el instrumento para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria la determinación de mérito, puesto que, en principio, ante la vigencia de la disposición constitucional relativa, la protección del derecho garantizado es inmediata, ya que, en el caso, no se requieren medios materiales o legales diferentes de los existentes para que la autoridad cumpla cabalmente, desde luego, con el mandato constitucional de investigar y perseguir los delitos, además, porque existe un medio para controlar directamente el cumplimiento de esas funciones, que es el juicio de amparo, como medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad*”.
- “[L]a ausencia hasta ahora de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar por cuestiones de legalidad las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no impide que tales determinaciones puedan ser reclamadas, por el momento, directamente, mediante el juicio de amparo, dado que estando regulada la relativa actuación de la representación social por el propio Pacto Federal, [...] bien puede y debe examinarse esa actuación en el juicio de amparo, ya que éste es precisamente un medio de control constitucional por vía jurisdiccional; arribar a una postura que sobre el particular impid[a] la procedencia del juicio de amparo, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual y el objetivo y principios que rigen al juicio de amparo, que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 103 y 107 del Pacto Federal, es procedente contra leyes o actos de la autoridad que violen garantías individuales”.

En suma y con un criterio aperturista, la SCJN dio libre tránsito a la norma constitucional aun ante la omisión del legislador de reglamentar la garantía materializada en el párrafo cuarto del entonces artículo 21¹³²⁴ constitucional, entendió que la ausencia de ordenamientos legales que precisaran la vía jurisdiccional ordinaria implicaría que tales determinaciones pudieran ser reclamadas de modo directo e inmediato usando el juicio de garantías (en el caso, *amparo indirecto*), en tanto se expidieran las leyes ordinarias.

1324 Debe recordarse, por lo demás, que el artículo transitorio undécimo de la mencionada reforma de 1994 determinó que “[e]n tanto se expidan las disposiciones legales, reglamentarias y acuerdos generales a que se refieren los preceptos constitucionales que se reforman por el presente decreto, seguirán aplicándose los vigentes al entrar en vigor las reformas, en lo que no se opongan a éstas”.

B) Posición refractaria de la SCJN

Sin perjuicio del caso reseñado en el apartado anterior, que en puridad exhibe aristas *sui generis*, la SCJN se ha mostrado reacia a admitir la operatividad del amparo para subsanar pretericiones legislativas.

Así, por ejemplo, en la tesis denominada “*Leyes, amparo contra. Es improcedente aquel en que se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional*”, ha puntualizado que respecto de la *omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías*, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los arts. 107, fracción II, de la Constitución federal y 76 de la citada legislación ordinaria [entonces vigentes], “en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado”¹³²⁵.

En línea convergente y bajo el siguiente rubro: “*Conceptos de violación y agravios expresados en el amparo directo en revisión. Son inoperantes cuando en ellos se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento a una reforma constitucional*”, se determinó que *cuando en la demanda de amparo directo o en los agravios expresados en la revisión interpuesta en dicho juicio constitucional, se impugna la omisión de una legislatura, ya sea local o federal, de expedir determinada codificación u ordenamiento, la imposibilidad jurídica de analizar tales cuestionamientos deriva del principio de relatividad que rige en el juicio de amparo*¹³²⁶.

1325 Registro N° 197.222, Amparo en revisión 961/97, 21 de octubre de 1997, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° VI, diciembre de 1997, tesis (aislada): P. CLXVIII/97, p. 180.

1326 Registro N° 192.864, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T° X, pleno, noviembre de 1999, tesis: P. LXXX/99, p. 40.

En definitiva, tal *principio de relatividad de las sentencias de amparo* ha funcionado como una barrera prácticamente insalvable para la procedencia del juicio de garantías contra pretermissiones del legislador ordinario.

C) El nuevo paisaje jurídico a partir de las reformas constitucionales de 2011 relativas a derechos humanos y al proceso de amparo

a) La pregunta que se impone es si aquella postura cuasi radicalmente negatoria de la SCJN acerca del andamiaje del amparo contra pretermissiones legislativas anticonstitucionales resulta hoy sustentable *vis-à-vis* el remozado panorama jurídico mexicano, en el que se entrelazan nutridas disposiciones, principios y valores constitucionales y convencionales en el área de los derechos humanos.

No puede ignorarse que el amparo es a un tiempo y entre otras facetas, un proceso encaminado a salvaguardar la supremacía de la Constitución frente a preceptivas legales o sublegales contrarias a ella, y un instrumento procesal constitucional útil para la defensa y la realización de los derechos fundamentales (*inter alia*, civiles y políticos y económicos, sociales y culturales).

b) Un elemento analítico significativo a la hora de ponderar la viabilidad del control respecto de las omisiones inconstitucionales en el ámbito federal de México se conecta con el *nuevo paradigma* cincelado por las innovaciones constitucionales en materias de *derechos humanos* y de robustecimiento del *proceso de amparo* (publicadas en el D.O.F. de 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente)¹³²⁷, a las que aludíeramos en otro tramo de esta indagación.

b.1) Respecto de la primera de tales modificaciones, en el artículo 1 constitucional se estipula que *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección*, estableciéndose también —en franca aplicación del principio *pro persona*— que las normas relativas a los derechos humanos *se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*. Asimismo, se establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Por su parte y dentro de la prohibición de discriminación que ya contenía

1327 Cabe acotar que unos días más tarde, concretamente el 13 de julio de 2011, se promulgó otra innovación constitucional que modificó los arts. 19, 20 y 73 para sancionar la trata de personas, delito que será perseguido sin necesidad de denuncia, garantizándose el anonimato de las víctimas en el proceso.

la Constitución por diferentes causales, se incluía la de “preferencias” que figuraba sin aditamento alguno, procediéndose por medio de la innovación constitucional a adjetivarlas añadiéndoles la palabra “sexuales” (id. art.).

En el art. 29 se diseñan importantes pautas de respeto a los derechos básicos durante los regímenes de excepción.

Entre otras novedades, en el marco de las acciones de inconstitucionalidad de las que conocerá la SCJN, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede articularlas en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos consagrados en la Constitución *y en los tratados internacionales de los que México sea parte* (art. 105, fracción II, ‘g’). Justamente la parte que hemos marcado en itálicas fue la añadida por la reforma en cuestión.

A partir del contenido literal del art. 1 reformado y del remozamiento de su matriz jurídica, axiológica e institucional, el art. 133, Ibid., adquiere una renovada textura, imponiéndose una relectura del ordenamiento normativo y de su sistema de fuentes a partir de una lógica que no se centre en el enfoque jerárquico sino que focalice una perspectiva de armonización normativa sobre la base del principio pro persona. En todo caso, si se habla de alguna primacía, esa debe ser la de los derechos humanos.

b.2) En el marco de la innovación en el área del proceso de amparo, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los arts. 94, 103, 104 y 107 de la Constitución federal.

Las modificaciones que aquí interesan de manera específica fueron desarrolladas pormenorizadamente, como anticipábamos en otro sector del trabajo, el 2 abril de 2013, fecha de publicación del decreto que contiene la llamada “Nueva Ley de Amparo” (NLA), texto reglamentario de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal, como también los cambios producidos en cinco (5) leyes secundarias: **i)** Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; **ii)** Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del art. 105 de la Constitución federal; **iii)** Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; **iv)** Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; y **v)** Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Tal como con menor grado detalle también anunciáramos, la NLA introdujo algunas variaciones relevantes, por ejemplo¹³²⁸:

1328 Ver otros elementos positivos de la NLA en “Nota introductoria” de la SCJN (www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/archivos/NotaIntroductoria.pdf).

- La premisa de los derechos humanos (de fuentes interna e internacional) como objeto expreso de protección del juicio de amparo.
- La perceptible ampliación del radio de cobertura protectora del juicio de amparo contra normas generales, actos u *omisiones*.
- La procedencia del amparo por transgresión a un interés legítimo (afectación indirecta) individual o colectivo.
- La atención prioritaria de asuntos, de modo excepcional y cuando exista una urgencia atendiendo al interés social o al orden público, cuando sea solicitada al Presidente de la SCJN por los presidentes de las Cámaras del Congreso de la Unión o el Consejero jurídico del Ejecutivo federal.
- La sistematización de las normas relativas al amparo directo y al amparo indirecto.
- La emisión de una declaración general de inconstitucionalidad ante la resolución de las salas o el pleno de la SCJN, de dos (2) juicios de amparo indirecto en revisión consecutivos que determinen la inconstitucionalidad de una norma general.
- La introducción del amparo y la revisión adhesivos.
- La resolución de contradicciones de tesis por Plenos de Circuito.
- La eliminación del sobreseimiento por inactividad procesal y la caducidad de la instancia.

El art. 1 de la NLA, dentro del título primero (“Reglas generales”) del capítulo I (“Disposiciones fundamentales”) es una especie de clave de bóveda esencial para comprender el espíritu de la nueva normativa. Establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

- i. Por normas generales, actos u *omisiones* de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución federal, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- ii. Por normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución federal.
- iii. Por normas generales, actos u *omisiones* de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución federal.

En su parte final, la citada disposición rezuma el propósito central de la nueva versión de la normatividad sobre juicio de amparo al establecer que éste “*protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares* en los casos señalados en la presente ley”.

Por ende, se observa que en una importante cantidad de disposiciones de la NLA aparece consagrada la procedencia de la tutela de la persona frente a las *omisiones* de las autoridades públicas.

Es interesante traer a colación que el art. 77, *Ibid.*, establece que los efectos de la concesión del amparo serán “obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija”, *cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión*, añadiendo que en el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.

De su lado, el art. 107, *Ibid.*, preceptúa que el *amparo indirecto* procede contra actos u *omisiones* que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo (fracción II); contra actos, *omisiones* o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio en las hipótesis que en tal disposición se establecen (fracción III); y contra las *omisiones* del Ministerio Público en la investigación de los delitos y demás cuestiones indicadas en el segmento normativo que reseñamos (fracción VII).

Por último, en función del art. 108, *Ibid.*, y en lo pertinente, la demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos autorizados por la ley, expresando —*inter alia*—: la autoridad o autoridades responsables (fracción III); la *omisión* que de cada autoridad se reclame (fracción IV); y los hechos o *abstenciones* que constituyan los antecedentes del acto reclamado o que sirvan de fundamento a los conceptos de violación (fracción V).

c) Realizado un repaso de las capitales reformas constitucionales de 2011 en los campos temáticos de los derechos humanos y el proceso de amparo y tomando en consideración los factores que telegráficamente se dejarán consignados a continuación, se impone un paulatino cambio de percepción en la SCJN que permita abrir la válvula para la operabilidad del proceso de amparo como medio idóneo para corregir omisiones legislativas inconstitucionales (e inconventionales).

Al efecto deben tenerse en cuenta, individual y colectivamente, los siguientes factores, producto de una enumeración no taxativa:

- Un nuevo paradigma en el plano de los derechos fundamentales.
- Los ingentes esfuerzos que la SCJN ha efectuado para deparar criterios interpretativos en el ámbito del control de convencionalidad.
- La entronización del postulado de *interpretación conforme*.
- La revalorización del principio *pro persona*.
- La resignificación y el *aggiornamento* del amparo como *juicio de garantías*.
- La multiplicación de alusiones a las *omisiones* principalmente de autoridades públicas tanto en la Carta magna como en la NLA, que habilitarían la procedencia del *amparo* en ese espacio temático.
- La apertura normativa hacia la *declaración general de inconstitucionalidad* ante la resolución de las salas o el pleno de la SCJN, de dos (2) juicios de amparo indirecto en revisión consecutivos que determinen la invalidez constitucional de una norma general.
- Las crecientes exigencias del Estado Constitucional y Convencional de Derecho.
- La importancia de intensificar esfuerzos que se concentren en la búsqueda de la *eficacia* de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte.

Otra manifestación de la trascendente innovación del hasta entonces reinante modelo en las áreas de los derechos humanos y el juicio de amparo a causa de las respectivas modificaciones constitucionales, se canalizó a través de la decisión de dar inicio a la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, lo que se produjo a partir del 4 de octubre de 2011 por medio del Acuerdo General N° 9/2011, de 29 de agosto de 2011, del pleno de la SCJN, sustentándose en que ello permitiría una mayor consolidación del Poder Judicial de la Federación, desde que aquellas reformas se traducen en una reconstrucción de criterios para el Máximo Tribunal federal.

Todos los ingredientes aludidos hasta aquí se amalgaman y reclaman ser debidamente ponderados por la SCJN, a los efectos de repensar y mitigar la rígida vigencia del principio de relatividad de las sentencias de amparo ante omisiones anticonstitucionales (y, eventualmente, inconvencionales) cuando están en juego derechos esenciales, despejando el camino para que tal importante instrumento procesal constitucional pueda funcionar como vía apta para subsanar la inconstitucionalidad y/o la anticonvencionalidad por preterición legislativa.

Sea como fuera, la Sala Segunda de la SCJN ha persistido en la posición negatoria (ya con la vigencia de la NLA). Así, en tesis aislada y bajo el rubro: “*Omisión legislativa*.”

Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, ha sostenido¹³²⁹:

“El precepto constitucional citado, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, dispone que las sentencias pronunciadas en el juicio de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, de donde deriva que respecto de dichas sentencias aún prevalece el principio de relatividad, dado que no pueden tener efectos generales. En congruencia con lo anterior, en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución federal, *es improcedente el juicio de amparo contra una omisión legislativa, pues de concederse la protección constitucional al quejoso, el efecto sería obligar a la autoridad legislativa a reparar la omisión, dando efectos generales a la ejecutoria, lo cual implicaría la creación de una ley, que constituye una prescripción general, abstracta y permanente, que vincularía no sólo al promovente del amparo y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada.* No es obstáculo a lo anterior, la circunstancia de que el artículo 107, fracción II, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establezca la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales, toda vez que esa declaración debe emitirse en un procedimiento específico por parte de este Alto Tribunal, sin que sea posible adoptar una decisión de tal naturaleza en un caso concreto; *máxime que el procedimiento para la declaratoria general de una norma se refiere a normas existentes y no a omisiones legislativas.* Por otra parte, tampoco es obstáculo que el artículo 103, fracción I, constitucional, establezca que los Tribunales de la Federación conocerán de toda controversia suscitada por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos, ya que dicho precepto *no contempla la posibilidad de que puedan reclamarse omisiones legislativas,* dado que opera la limitante prevista en el referido artículo 107, fracción II, párrafo primero, en el sentido de que *las sentencias dictadas en el juicio de amparo no pueden tener efectos generales*”.

De cualquier modo, no puede dejar de mencionarse que se ha puesto de relieve la existencia de un criterio minoritario que podría dar lugar a la admisión de ciertas hipótesis [omisivas] aun en *amparo*, al señalarse que en este juicio constitucional debe analizarse la *violación al principio de igualdad*, cuando hay “*un trato desigual por*

1329 Registro N° 2002843, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, T° 2, Tesis: 2ª VIII/2013, p. 1164.

exclusión tácita” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1ª Sala, Tº XXXII, diciembre de 2010, p. 167)¹³³⁰.

6. Una necesaria referencia: la actividad jurisdiccional de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en materia de omisiones legislativas inconstitucionales

A) *Importante movilización jurisprudencial*

Antes de dejar paso al epílogo que clausurará estas líneas en torno al tratamiento que la SCJN ha brindado a las pretermissiones anticonstitucionales en el marco del ordenamiento federal, es menester resaltar el interesante movimiento jurisprudencial de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en la materia, fundamentalmente centrada en los poderes legislativos de algunas entidades federativas que han incurrido en indolencias inconstitucionales respecto de la oportuna reglamentación de la figura de las *candidaturas independientes*.

Para ponderar la trascendencia del avance jurisprudencial que aquí destacamos, no puede perderse de vista la circunstancia de que durante mucho tiempo la SCJN negó al TEPJF la atribución de ejercer control de constitucionalidad¹³³¹.

Advertido lo anterior y a los efectos de la validación competencial de la Sala Superior del TEPJF acerca de impugnaciones que giren en torno a *omisiones legislativas absolutas de carácter concreto*, vale recordar lo resuelto en el Expte. SUP-JRC-122/2013, que generó una tesis jurisprudencial aprobada en sesión pública de 16 de octubre de 2013, sobre la que volveremos.

Recientemente, el 14 de mayo de 2014, se observan los siguientes pronunciamientos: **i)** Expte. N° SUP-JDC-357/2014, en el marco del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, Actor: Luis Alberto Zavala Díaz, Autoridad responsable: Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, M.P. María del Carmen Alanís Figueroa; y **ii)** Exptes. N°s SUP-JDC-247/2014 y Acumulados, en los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, Actores: Roberto Alfonso Gallardo Galindo y otros,

1330 RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, voz “Omisiones legislativas relativas o parciales”, op. cit., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tº II, p. 977.

1331 Por citar sólo un par de ejemplos de tal interpretación refractaria, véanse: Tesis P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Tº XV: “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”; y Tesis P./J. 25/2002, de 10 de junio de 2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tº XV: “Leyes electorales. La única vía para impugnarlas es la acción de inconstitucionalidad”.

Autoridad responsable: Septuagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León, M.P. Salvador Olimpo Nava Gomar.

En el primero de ellos, por mayoría¹³³², el Tribunal ordenó al Consejo General del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Coahuila que dentro del plazo improrrogable de tres —3— días, contados a partir de la fecha de la notificación de la sentencia, escuchara al ciudadano Luis Alberto Zavala Díaz, y de reunir los requisitos constitucionales correspondientes, con fundamento en el art. 19 de la Constitución local, acordara la forma en que aquel pudiera ejercer su derecho a participar como candidato independiente en el proceso electoral en curso (al momento del dictado de la resolución) y dentro de las veinticuatro —24— horas siguientes a que ello ocurriera, esa autoridad debía informar y acreditar ante la Sala Superior del TEPJF el cumplimiento dado a la sentencia. Asimismo, dispuso dar vista al Consejo General del Instituto Nacional Electoral.

En el segundo, también por mayoría¹³³³, decretó la acumulación de diversos expedientes, sobreseyó dos —2— de ellos y ordenó a la Septuagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León que, a la “brevedad posible”, realizara las adecuaciones necesarias a su legislación secundaria en materia de candidaturas independientes, en los términos del artículo tercero transitorio del decreto publicado en el D.O.F. el 9 de agosto de 2012, por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución federal, en cuanto hacía a la materia político-electoral para armonizar la Constitución local y la legislación interna a la Ley fundamental federal.

B) Reformas constitucionales que reacondicionan el paisaje normativo en materia electoral

A modo de contextualización de las modificaciones que en época reciente fueron mutando la fisonomía del panorama normativo electoral federal, y por extensión los escenarios de las entidades federativas, deben tenerse en cuenta las circunstancias que reseñaremos a continuación.

- El citado decreto de reforma constitucional publicado el 9 de agosto de 2012 modificó el art. 35, fracción II, de la Carta básica federal para reconocer el derecho

1332 Constituida por los magistrados Alanís Figueroa, Carrasco Daza, González Oropeza y Nava Gomar. Por su parte, se pronunciaron a través de voto particular individual el magistrado Galván Rivera y en voto particular conjunto los magistrados Luna Ramos y Penagos López.

1333 Integrada por los magistrados Luna Ramos, Alanís Figueroa, Carrasco Daza, González Oropeza, Nava Gomar y Penagos López. En contra, por medio de voto particular, se expidió el magistrado Galván Rivera.

de los ciudadanos y las ciudadanas de solicitar su registro para ser votados a todos los cargos de elección popular de manera independiente, y dispuso que las legislaturas de las entidades federativas debían adecuar su legislación secundaria en un plazo no mayor a —1— un año a partir de la entrada en vigor de ese decreto (o sea, a más tardar el 10 de agosto de 2013).

- Mediante decreto publicado el 27 de diciembre de 2013 se reformó el art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso 'e', de la Constitución federal, en el sentido de suprimir la porción normativa en la que se establecía que, en el nivel estatal, los partidos políticos tenían el derecho exclusivo a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, con excepción de lo dispuesto en el art. 2, ap. 'A', fracciones III y VIII, de la propia Ley fundamental federal.
- Posteriormente, el 10 de febrero de 2014 se publicó otro decreto de reforma constitucional con incidencia en el régimen de candidaturas independientes, modificándose el art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inc. 'k', en el sentido de disponer que las constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizaran que se regulara el régimen aplicable a la postulación, el registro, los derechos y las obligaciones de los candidatos independientes, asegurando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y televisión en términos de lo establecido en la Constitución y las leyes aplicables.
- Por último, en el artículo cuarto transitorio del indicado decreto de reforma, se determinó que el precitado art. 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso 'k', constitucional, entraría en vigor una vez que el Congreso de la Unión expidiera las leyes a que se refiere el artículo segundo transitorio del mismo decreto (a más tardar el pasado 30 de abril de 2014) y, en la parte final del mencionado artículo cuarto transitorio, se estableció que las reformas al art. 116, fracción IV, de la Constitución, respecto de las entidades federativas que tuvieran procesos electorales en 2014, entrarían en vigor una vez que ellos hubiesen concluido.

C) Pautas y criterios interpretativos de la Sala Superior del TEPJF en el ámbito de la corrección de pretermissiones legislativas que mediatizan el desarrollo de las candidaturas independientes

Bien que con matices en función de las particularidades de cada causa, las pautas argumentales volcadas en el tándem de fallos citados *supra* (respecto de Coahuila y Nuevo León) y de otros pronunciamientos conexos, fueron —en lo específicamente correspondiente— convergentes. Recrearemos seguidamente algunas de las puntualizaciones efectuadas por la Sala Superior del TEPJF en los citados procesos.

- En materia competencial se aplica, *mutatis mutandis* y como anticipábamos, la Tesis XXVI/2013 con rubro: “*Competencia. Corresponde a la Sala Superior conocer del juicio de revisión constitucional electoral contra la omisión legislativa en la materia*”. Así se resolvió en el citado juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-122/2013, sentándose la *procedencia de impugnaciones que versaran sobre omisiones legislativas absolutas de carácter concreto* y del cual derivó aquella tesis aprobada en sesión pública de 16 de octubre de 2013, por unanimidad de seis —6— votos. También se mantuvo allí que la *omisión legislativa absoluta y concreta respecto a las candidaturas independientes* es violatoria del principio de supremacía constitucional y se configuraba cuando el legislador no cumplía con lo ordenado, en un tiempo razonable o determinado por la propia Ley Fundamental, máxime cuando ello implicara una inobservancia de los principios constitucionales que debían regir toda elección, como el de certeza, o una conculcación a los derechos político-electorales de la ciudadanía. Asimismo, se indicó que *el régimen de candidaturas independientes constituía un engranaje más del proceso electoral*, por lo que necesariamente dicha pieza debía ser articulada con el resto de los elementos que conformaban e integraban todo el aparato comicial.
- La Sala Superior es la máxima autoridad en materia electoral encargada de salvaguardar la regularidad constitucional de los actos y *omisiones* vinculados con dicho ámbito, con excepción de lo previsto en el art. 105, fracción II, de la Constitución federal, resultando por tanto competente para conocer y resolver las controversias relacionadas con la posible afectación a derechos político-electorales concretos. Ello, tomando en cuenta que el adecuado ejercicio de un control de constitucionalidad y convencionalidad en materia electoral supone conocer de todo acto u *omisión* que pudiera vulnerar los derechos político-electorales de la ciudadanía, a efectos de cumplir plenamente los deberes previstos en el art. 1 de la Constitución federal, de respeto y garantía de los derechos humanos, así como de su protección más amplia.
- En el caso específico de los Exptes. N° SUP-JDC-247/2014 y Acumulados, el acto destacadamente impugnado en todos los juicios era la *omisión del Congreso de Nuevo León de realizar las modificaciones y ajustes a la legislación local*, en lo relativo a las candidaturas independientes. Por ello, al tratarse de *un acto de tracto sucesivo*, la presentación de los medios de impugnación se consideró oportuna, aplicando la jurisprudencia de rubro: “*Plazo para presentar un medio de impugnación, tratándose de omisiones*”¹³³⁴.

1334 Cfr. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 4, N° 9, 2011, pp. 29 y 30.

- A partir de la reforma constitucional publicada en el D.O.F. el 9 de agosto de 2012, el derecho a ser votado previsto en la fracción II del artículo 35 constitucional, incluyó la posibilidad de participar como contendiente en los comicios bajo la figura de *candidatura independiente*, con lo cual el poder reformador de la Constitución había establecido como uno de los derechos humanos reconocidos en el nivel constitucional el derecho de los ciudadanos al *voto pasivo*, en congruencia con lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, particularmente el art. 23 de la CADH.
- Consideró (específicamente en el caso relativo a Coahuila) que el solo hecho de que los partidos políticos o algunos de los diputados integrantes del congreso local hubieran presentado iniciativas y éstas se hubiesen discutido, de ninguna manera podía suponer que se hubiere cumplido el mandato constitucional de legislar en la materia, pues los actos tendientes a legislar *no podían ser tomados como la propia emisión de una ley*.
- De manera análoga, el Tribunal advirtió (respecto de Nuevo León) que no se había emitido la legislación secundaria sobre las candidaturas independientes, lo que demostraba la *falta en que incurrió su legislatura frente a un mandato constitucional de ineludible cumplimiento*. Señaló que no bastaba la inclusión de dicha figura en el nivel constitucional local para tener por colmada la obligación constitucional indicada, sino que se requería de la legislación secundaria que hiciera real y materialmente posible el ejercicio de ese derecho fundamental, lo que no ocurrió en el caso. Tampoco alcanzaba con que el pleno de la Septuagésima Tercera Legislatura de Nuevo León hubiera turnado a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales las iniciativas de ley correspondientes, puesto que eso sólo demostraba ciertos trabajos legislativos, pero *no el cumplimiento del deber de legislar del Congreso estatal, dentro del plazo ordenado por el poder reformador de la Constitución*.
- Sostuvo (particularmente en el caso referido a Nuevo León) que *ante la omisión de expedir una legislación que resultaba indispensable para el ejercicio de un derecho humano fundamental de naturaleza político-electoral*, el Tribunal, en el ámbito de sus competencias y en tanto garante último de la regularidad constitucional y convencional de actos y *omisiones* de autoridades en la materia, *debía adoptar las medidas para garantizar tales derechos y las prácticas conducentes a su observancia efectiva*. Paralelamente, puntualizó que la *omisión* de dictar las normas a que el Estado se encontraba obligado, podía constituir, además de la inobservancia de la norma constitucional, una violación al tratado internacional, máxime cuando ello se traducía en la imposibilidad para el ejercicio de determinados derechos.

- Destacó la importancia de establecer en la legislación no sólo las modalidades, los requisitos, las condiciones y los términos para el ejercicio del derecho a ser votado en la vertiente de candidatura independiente, sino también los aspectos institucionales y de organización electoral que ello implicaba, dado que *una omisión legislativa debía considerarse una afectación a la organización de las elecciones, en un sentido amplio* (cfr. respecto de esta última afirmación, la nombrada Tesis XXVIII/2013, derivada del juicio SUP-JRC-122/2013, con rubro: “*Omisión legislativa. El juicio de revisión constitucional electoral es procedente para impugnarla*”).
- Si bien es cierto que al reformar el art. 35, fracción II, de la Constitución federal, se confirió al legislador ordinario una potestad de configuración legislativa relativamente amplia, al otorgarle un poder normativo para determinar los requisitos y términos y las condiciones, esa libertad de configuración legislativa no podía ser en modo alguno arbitraria ni absoluta, sino que se encontraba sujeta a *respetar necesariamente el contenido esencial de ese derecho humano previsto constitucionalmente* y, consecuentemente, las calidades, los requisitos, las condiciones y los términos que se establecieran habrían de estar razonablemente armonizados con otros derechos humanos y otros principios y bienes constitucionales de igual jerarquía, como el derecho de igualdad y, en particular, los principios rectores constitucionales en materia electoral fijados en los arts. 41, párrafo segundo, fracción V, y 116, fracción IV, inc. ‘b’, de la Constitución federal.
- La *ausencia de normas secundarias dirigidas a instrumentar el ejercicio de un derecho humano establecido en la Constitución* implica, por una parte, el incumplimiento al mandato del constituyente para legislar los aspectos instrumentales y operativos del derecho y por otra, la falta de observancia de la obligación del Estado mexicano de garantizar la existencia de condiciones para el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por tanto, el incumplimiento de un órgano legislativo de emitir la normativa encaminada a regular las condiciones, los modos y términos para hacer efectivo un derecho fundamental, dentro del plazo señalado en el propio ordenamiento constitucional, se traducía en el *incumplimiento de un mandato supremo*, que en principio podía implicar una violación al ordenamiento constitucional, aunque también generaba una situación de hecho que podría hacer nugatorio el ejercicio de ese derecho, dada la *omisión del órgano legislativo* de emitir las disposiciones jurídicas que permitieran a la ciudadanía tener certeza y seguridad jurídica para ejercerlo plenamente y sin la existencia de razones que justificaran esa privación de manera proporcional, idónea y mucho menos necesaria.

- El poder revisor de la Constitución estableció que los congresos de los Estados (también la Asamblea Legislativa del Distrito Federal) *debían realizar las adecuaciones necesarias a su legislación secundaria, derivadas del propio decreto, en un plazo no mayor a un —1— año, contado a partir de su entrada en vigor.*
- Resultaba evidente (en el caso de Coahuila) que el Congreso de esa entidad se encontraba vinculado por el poder revisor de la Constitución a emitir las normas jurídicas de rango legislativo tendientes a instrumentar el ejercicio del derecho a ser votado, previo al inicio del proceso electoral. Sin embargo, esa *autoridad legislativa omitió expedir la normativa dentro del plazo establecido*, lo que generó una situación de hecho lesiva del derecho fundamental a ser votado, en razón de que implicaba un *vacío legal o una ausencia de normativa* que permitiera el ejercicio pleno de tal derecho.
- La *omisión del congreso* competente para emitir la legislación que permitiera el ejercicio eficaz del derecho a ser votado sin ser postulado por un partido político o coalición, conllevaba una privación injustificada, innecesaria, irracional, desmedida y desproporcionada de ese derecho, pues presuponia falta de certeza absoluta de los supuestos, las condiciones, los términos y requisitos para que los ciudadanos se encontraran en condiciones de ejercerlo con plenitud, porque se colocaba a todos los que pretendían participar bajo la institución de candidatura independiente y consecuentemente a los que pretendían votar por candidatos independientes, en una *situación indeterminada*, a pesar de contar con el derecho constitucional a ser candidato independiente y participar en condiciones de equidad en las contiendas electivas, en relación con el resto de los contendientes, así como a que los sufragios que se emitieran a su favor se computaran válidamente.
- La remisión que en el ordenamiento constitucional se realizaba a los legisladores ordinarios, se circunscribía al establecimiento de disposiciones operativas e instrumentales, en las que, además, se previeran las calidades que debían reunir los ciudadanos que aspiraran a ocupar determinado cargo de elección popular por vía ajena a los partidos políticos, y desde luego, a que estableciera los límites y vínculos de ese derecho con los demás que fueron consagrados en el ordenamiento constitucional, con el objeto de evitar su colisión con otros derechos humanos y otorgar plenitud y coherencia al sistema jurídico.
- El *cumplimiento de tal obligación no quedaba al arbitrio o voluntad del legislador, ni a la ponderación de las circunstancias que prevalecieran en determinado momento, por lo que cuando el legislador se abstenía de conformar dichas reglas, incurría en un claro incumplimiento de lo que le ordenaba la Constitución, es decir, incurría en*

una inconstitucionalidad por omisión, en detrimento de la ciudadanía, pues ello implicaba que quedaba impedida de ejercer uno de los derechos humanos.

- La *omisión de un órgano legislativo* en emitir la regulación que posibilitara a los ciudadanos hacer efectivo el derecho al sufragio sin ser postulado por un partido político, en manera alguna podía considerarse como una justificación válida para hacer nugatorio el ejercicio de ese derecho; al contrario, constituía una *restricción injustificada*, precisamente porque imposibilitaba realizar un ejercicio de verificación constitucional basada en la proporcionalidad de la medida a efecto de determinar si se estaba en presencia de una situación que válidamente permitiera restringir el ejercicio del derecho por ser necesaria para salvaguardar algún otro derecho fundamental o un bien jurídico tutelado en el ordenamiento constitucional.
- La *omisión legislativa impedía de manera absoluta el ejercicio del derecho fundamental*, lo que además, generaba un perjuicio a la ciudadanía en general, porque lejos de tutelar algún bien jurídico, salvaguardar algún otro derecho o evitar alguna afectación al interés social, se traducían en una limitante al derecho al voto pasivo y consecuentemente al voto activo, pues impedía a la ciudadanía conocer propuestas de candidatos ajenos a partidos políticos y, en su caso, de sufragar válidamente por los mismos, lo que implicaba una afectación al diseño constitucional electoral mexicano, en el que se preveía la obligación de las entidades federativas, por conducto de sus órganos legislativos, de expedir las normas para configurar y armonizar esa modalidad de candidatura independiente con las postulaciones que realizaran los partidos políticos, y por último hacía disfuncional el sistema jurídico, ya que privaba a la disposición constitucional de surtir efectos jurídicos plenos al impedir la participación de ciudadanos por vías ajenas a los partidos políticos en condiciones de equidad.
- La *omisión del órgano legislativo local de emitir la normativa en que se instrumentara el ejercicio de ese derecho fundamental*, se traducían en una *restricción absoluta para el ejercicio del derecho*, que además, imposibilitaba al órgano jurisdiccional analizar si se trataba de una medida necesaria, idónea y proporcional, dirigida a proteger algún otro derecho humano o un bien protegido en el ordenamiento constitucional. El Tribunal estableció que *la efectividad de ese derecho fundamental no podía condicionarse por cuestiones instrumentales o de operatividad, máxime cuando se trataba de una prerrogativa ciudadana prevista en la Constitución federal*, cuyo ejercicio debía garantizarse mediante la interpretación que más favoreciera la protección amplia del derecho en términos de lo previsto en el art. 1 del propio ordenamiento supremo, con independencia de que las medidas para ello, fueran

o no de naturaleza legislativa, tal como se disponía en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano.

7. Epílogo

A) Con el recorrido precedente hemos pretendido traer ciertas aproximaciones doctrinarias y jurisprudenciales que han puesto de manifiesto la viabilidad (también la inviabilidad, específicamente respecto de ciertos instrumentos procesales constitucionales según la visión de la SCJN) del control sobre las omisiones inconstitucionales en el plano federal ante la ausencia de una determinación normativa expresa de dicha figura.

B) Si bien los últimos años muestran en México un incremento cuantitativo y cualitativo de los planteos de la doctrina en pro de la institucionalización de la figura de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento federal, sugiriendo la implementación de una acción específica al respecto o en su defecto la utilización con tal fin de las herramientas procesales constitucionales existentes en la Carta magna, se observa que la línea de desarrollo jurisprudencial sobre el punto en la SCJN no ha tenido un nivel de avance totalmente consonante con dichos reclamos doctrinarios.

C) Entre los autores que esgrimen la utilidad que al sistema jurídico podría reportar la posibilidad de combatir la anticonstitucionalidad omisiva, se cuenta BÁEZ SILVA quien evoca en el derecho comparado la existencia de una acción difusa para revisar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, cuando la afectación de la vigencia de la Constitución no implica un agravio directo a un individuo (cuando sí lo produce, esa función es cubierta por el amparo), similar a la acción de inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento mexicano¹³³⁵.

Añade que esta última modalidad del mecanismo de revisión de la constitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo reviste una seria importancia por la problemática que plantea la solución que la judicatura ofrezca a la inconstitucionalidad: creación del ordenamiento jurídico ausente, creación de reglas generales de operación o recomendación al órgano omiso¹³³⁶. En definitiva, postula la necesidad de que, tomando en consideración la historia constitucional mexicana, “se incluya este tema en el debate sobre la nueva Constitución (o constitucionalidad) federal”¹³³⁷.

1335 BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, op. cit., *Derecho procesal constitucional*, T° I, 4ª ed., 2003, p. 914.

1336 *Ibid.*, pp. 914-915.

1337 *Ibid.*, p. 915.

Correlativamente, CARBONELL puntualiza que en México “es importante reflexionar sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión por razones teóricas (la mejor defensa de la Constitución, la optimización de sus mandatos, el mejoramiento de la efectividad de los derechos fundamentales, etcétera), pero también por razones de coyuntura política”¹³³⁸.

Debe advertirse que la preocupación en aras de que tal debate se acreciente no es precisamente nueva, pues en un precursor trabajo publicado hace varias décadas ya FRISCH PHILIPP y TORRES EYRAS, comentando un señero caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, precisaban que les animaba como propósito principal *ofrecer un estímulo para que surja la discusión entre los juristas mexicanos en torno de la interesante materia de las omisiones legislativas*¹³³⁹.

D) Resta entonces aguardar que esa discusión se acentúe y que la SCJN se haga eco de ella, teniendo en cuenta —entre otros elementos— el aporte que desde la praxis constitucional local pueden efectuar algunos Estados en los que, con Veracruz como precursor en el año 2000, se han instrumentado acciones específicas para controlar las omisiones inconstitucionales en el plano de sus respectivas jurisdicciones constitucionales, tal como indicáramos en otro sector de este trabajo (título decimotercero, capítulo II).

De hecho, la SCJN ha resuelto acciones de inconstitucionalidad en las que se acusaba precisamente la anticonstitucionalidad *vis-à-vis* la Ley fundamental federal de ciertos aspectos de los instrumentos de control constitucional creados por algunas entidades federativas para batallar contra las pretericiones legislativas.

En algunos de tales pronunciamientos, el Máximo Tribunal mexicano ha realizado interesantes consideraciones y aportes sobre el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Por citar sólo un ejemplo, viene a nuestra memoria la mencionada acción de inconstitucionalidad 8/2010 deducida por el Procurador General de la República contra el art. 70, fracción III, entre otros preceptos de la Constitución yucateca, demanda que fuera resuelta el 22 de marzo de 2012 (M.P. Guillermo I. Ortiz Mayagoitia).

Así, en tal acción de inconstitucionalidad el pleno de la SCJN aprobó el 1 de octubre de 2012, con el N° 24/2012 (10ª), la tesis jurisprudencial bajo el rubro

1338 CARBONELL, Miguel, “Presentación”, op. cit., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, p. IX.

1339 FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México”, *Anales de Jurisprudencia*, T° 138, Año XXXVI, enero-febrero-marzo de 1970, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, D.F., p. 303.

“*Constituciones locales. Dentro de sus medios de control constitucional pueden establecerse mecanismos para supervisar y ordenar que se subsanen omisiones legislativas o normativas*”. Establece lo siguiente: “*No existe disposición constitucional alguna que impida que las Constituciones estatales establezcan, dentro de sus medios de control constitucional, un mecanismo para supervisar y ordenar que se subsanen omisiones legislativas o normativas, y hacer efectivos y judicialmente exigibles los plazos y requisitos señalados en las leyes y decretos del Poder Legislativo, cuando se prevé en ellos la emisión o reforma de otros cuerpos normativos con el objeto de dar eficacia plena a la Constitución o a las leyes de cada entidad federativa*”.

E) Desde otro ángulo, aunque convergente en relación con la conveniencia de profundizar jurisprudencialmente los acercamientos a la figura de la inconstitucionalidad por omisión en la dimensión federal como un valioso medio de tutela de los derechos fundamentales y de fortalecimiento de la supremacía constitucional (y convencional), tampoco puede obviarse la trascendencia de las reformas constitucionales que en la materia se han operado en fechas relativamente recientes.

Aludimos a la publicada en el D.O.F. el 10 de junio de 2011 respecto del artículo 1 constitucional, nueva clave para una *interpretación actualizada de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos* tanto frente al ordenamiento jurídico interno cuanto al transnacional. Tal innovación debe leerse en sintonía con la modificación constitucional publicada en el D.O.F. el 6 de junio de 2011 acerca del *juicio de amparo para la protección de los derechos humanos*.

En suma, tanto desde el prisma *sustancial* cuanto desde la vertiente *adjetiva* las líneas de fuerza están dirigidas hacia la optimización de la defensa y la realización de los derechos básicos, reflejo de la dignidad de la persona humana.

F) Sea como fuera, y más allá de una trayectoria jurisprudencial que, no sin altibajos, deja entrever la permeabilidad de la SCJN a admitir la fiscalización de las omisiones inconstitucionales por vía de las *controversias constitucionales*, el tribunal mantiene una postura un tanto rigurosa al respecto en el campo de funcionamiento de la *acción de inconstitucionalidad*, aunque con ciertas aperturas, y una posición más reacia aún en el área de operabilidad del *amparo*.

G) Específicamente acerca del amparo (vía procesal constitucional en torno de la cual la SCJN se muestra —como vimos— más fuertemente reluctante en cuanto a su aptitud para subsanar pretericiones legislativas), debe por ejemplo computarse que: *i)* en el marco constitucional se ha establecido que los tribunales de la Federación pueden resolver las controversias que se generen respecto de normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad que vulneren los derechos humanos reconocidos

y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (art. 103, fracción I, de la Norma básica federal); *ii*) tal hipótesis ha sido correlativamente reflejada en la previsión del art. 77 de la NLA, que explícitamente determina que los efectos de la *concesión del amparo pueden versar respecto de actos de carácter omisivo*; y *iii*) cumplidas ciertas pautas y condiciones, la NLA también ha previsto la posibilidad de emitir una *declaratoria general de inconstitucionalidad* (arts. 231 y ss.).

El resultado de la sumatoria de tales elementos, además de otros relevados precedentemente, permite auspiciar la idea de que el juicio de amparo es un *instrumento protectorio apto para resolver los conflictos de naturaleza omisiva*.

H) Ojalá la jurisprudencia de la Suprema Corte avance en la línea de amplificar los espacios de funcionamiento de la fiscalización de las pretermisiones anticonstitucionales e inconvencionales.

La *eficacia* de la Constitución, la preservación de su *fuerza normativa y su primacía* (en retroalimentación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte) y la *efectivización* de los derechos elementales, de fuentes interna e internacional, justifican y legitiman un esfuerzo jurisdiccional en tal sentido.

I) Por último y ya en materia específicamente relativa a la protección de derechos político-electorales, debe destacarse la refrescante impronta impulsada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al procurar corregir *omisiones legislativas inconstitucionales absolutas en concreto* particularmente de las legislaturas de algunas entidades federativas que se mostraban renuentes a la hora de producir la correspondiente reglamentación, ordenada en la Constitución federal, para desarrollar normativamente la figura de las *candidaturas independientes*.

III. Algunas imágenes en Chile, El Salvador y Nicaragua

1. Chile

A) *Breve introito*

En rigor de verdad, la preocupación jurisprudencial del Tribunal Constitucional (T.C.) chileno respecto de la *inconstitucionalidad por omisión* ha sido tenue.

Sin embargo, pueden ubicarse algunos pronunciamientos (primordialmente exhortativos) en los que, no con demasiada contundencia, de alguna manera el T.C. se aproxima al tema del control de las omisiones inconstitucionales.

En la presentación del asunto, realizaremos un sucinto muestreo jurisprudencial en el que pueden apreciarse ciertos acercamientos muy moderados del tribunal al respecto. Luego nos centraremos en un caso relativamente reciente para poner de manifiesto un abroquelamiento de la minoría disidente en torno al asunto de las pretericiones anticonstitucionales. Finalmente, dejaremos un telegráfico mensaje referido al recorrido jurisprudencial que para entonces habremos efectuado.

B) Una somera visita jurisprudencial

Pueden citarse por ejemplo en orden cronológico, los siguientes pronunciamientos.

a) *Rol N° 53*, sentencia de 5 de abril de 1988, sobre control de constitucionalidad respecto del proyecto de “Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios”¹³⁴⁰ (redactor: Min. Eugenio Valenzuela Somarriva). Se detectó allí una cierta *insuficiencia regulatoria en el proyecto de ley*.

Así, en el Fundamento (F.) 7°, se observa que algunos puntos específicos (de las materias relativas a las votaciones populares y escrutinios) “no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, *sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, con conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental*”.

También debe computarse la observación contenida en el F. 25 en cuanto a que siendo materia de la “ley determinar la fecha de la realización de las elecciones presidenciales y parlamentarias, en el evento previsto en la disposición ‘vigésimanovena’ transitoria y no habiéndose incorporado en el proyecto remitido una norma al efecto, ya que los artículos 177 y 178 no resultan aplicables en la especie, *es menester prevenir sobre la necesidad de completar, oportunamente, la normativa legal sobre la materia, incluyendo la determinación de la fecha en que deberían realizarse dichos procesos electorales*”¹³⁴¹.

b) *Rol N° 141*, sentencia de 12 de febrero de 1992, acerca del requerimiento respecto de las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación del

1340 Su texto puede compulsarse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=556.

1341 Finalmente, la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios fue publicada en el Diario Oficial (D.O.) de 6 de mayo de 1988, bajo el N° 18.700.

proyecto que modifica la Ley Orgánica constitucional de Municipalidades N° 18.695, de 3 de marzo de 1988 (redactor: Min. Osvaldo Faúndez Vallejos)¹³⁴².

Allí se estipuló que si se considera que el mandato contenido en el artículo 85 constitucional “afecta, según sus términos, al legislador, *debe estimarse que la omisión representada constituye una situación de vacío legal; que lo que se objeta no representa entonces un vicio de inconstitucionalidad, sino sólo el incumplimiento de una obligación que tiene el legislador, lo que si bien hace improcedente la objeción de constitucionalidad planteada, aconseja hacerlo presente para los efectos de que sea oportunamente subsanado*” (F. 29).

Agregó en el F. 31 que la cuestión planteada tampoco constituía un problema de constitucionalidad sino de “*desarmonía entre preceptos legales o de problemas de técnica legislativa*”, materias cuya aclaración, corrección o rectificación no le correspondían al tribunal de acuerdo con las facultades que le había conferido la Constitución y “*sí al legislador dentro de sus atribuciones constitucionales privativas, reflexión que no obstante tornar improcedente la objeción de inconstitucionalidad formulada, también aconseja hacerla presente con la finalidad de evitar que produzca los problemas consiguientes en el cumplimiento de la normativa constitucional*”.

En la parte dispositiva del pronunciamiento se *hizo presente la necesidad de complementar oportunamente la ley cuya modificación se trataba con las materias indicadas en los citados FF. 29 y 31 de la sentencia.*

En síntesis, el requerimiento fue acogido en parte, no quedando la estimatoria alcanzada en la porción en que se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad del art. 65 del proyecto de ley que contenía modificaciones a la citada Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. Esta cuestión en particular recibió las disidencias de los ministros Jiménez Bulnes, Bulnes Aldunate y García Rodríguez quienes consideraron que existía una *omisión del legislador para cumplir el mandato de la Constitución de aplicar el sufragio universal directo para la elección de los concejales*, violándose el art. 108, inc. 1°, de la Constitución, en el texto según la modificación introducida por la Ley N° 19.097, de 1991.

Sostuvieron, *inter alia*, que *donde más fehacientemente se constataba la omisión* era en el inc. 2° del art. 65 del proyecto pues ya no eran los integrantes de lista o de pacto los que se designaban en remplazo del concejal que fallecía o cesaba en el cargo, sino que era el partido político a que éste pertenecía el que presentaba una terna de

1342 El pronunciamiento puede consultarse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=471.

candidatos que sometía a la consideración del Concejo para que eligiera uno dentro de ellos, lo que abiertamente infringía la Carta fundamental en el supuesto descrito, “pues no existe ni se contempla en manera alguna en el artículo referido el sufragio universal para elegir concejales”.

c) *Rol N° 304*, sentencia de 3 de febrero de 2000¹³⁴³, relativa al control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que reforma el Código Orgánico de Tribunales¹³⁴⁴.

Básicamente, aquí puede resaltarse que en el F. 24 el tribunal manifestó que cumplía con el “*deber de instar al legislador*” a efectuar una minuciosa y decantada revisión del articulado transitorio del proyecto remitido, a fin de aclarar la complejidad de sus normas con el objeto de prevenir eventuales problemas que pudieran surgir en la aplicación práctica de la profusa reglamentación.

Los ministros Jordán, Colombo y Verdugo concurren a la declaración de constitucionalidad del nuevo art. 14 del Código Orgánico que estableció y fijó la competencia de los jueces de garantía, aunque formularon una prevención, en la que —entre otras consideraciones— manifestaron que:

- El juez de garantía diseñado por el legislador en cumplimiento del mandato del artículo 74 constitucional¹³⁴⁵ existe para garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción, destinada, en este caso, a castigar a los culpables de delitos demostrados; a garantizar la igual protección de las partes involucradas en el conflicto penal —víctima y delincuente—, y todo ello para que se logre la pronta y cumplida administración de justicia restableciéndose así el imperio de la Constitución y la ley quebrantados por aquel que decidió violentarlas.
- Sin embargo, se observaba una distorsión a toda esta lógica secuencia constitucional al colocar como primera función del juez de garantía la de dar protección al imputado y ubicar a la víctima entre los demás intervinientes en el proceso penal, materia que debía ser hecha presente por el tribunal encargado de la custodia de la perceptiva constitucional teniendo especialmente en cuenta que los numerales

1343 Puede verse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=314.

Redactaron la sentencia los ministros Faúndez Vallejos, Valenzuela Somarriva, Jordán López, Colombo Campbell, Verdugo Marinkovic y Álvarez García, mediando disidencias y prevenciones.

1344 Finalmente, la ley que reforma el Código Orgánico de Tribunales fue publicada en el D.O. de 9 de marzo de 2000, bajo el N° 19.665.

1345 Que establece que será materia de una ley orgánica constitucional “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, añadiendo que la misma ley “señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados”.

2 y 3 del art. 19 aseguraban la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

- Y que, *en ese sentido y si lo estimaba conveniente, el legislador podría tener presente lo expresado en dicha prevención al regular esta materia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y restablecer así los valores consustanciales a la justicia penal.*

d) *Rol N° 1024*, sentencia de 1 de julio de 2008, relativa al control de constitucionalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal¹³⁴⁶.

Si bien el T.C. declaró la constitucionalidad de las disposiciones del proyecto de ley que asignaban a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) funciones cuyo cumplimiento envolvía ciertamente el ejercicio de potestades públicas (F. 23), hizo presente “*a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley N° 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado*” (F. 24).

Tal exhortación, en la que subyace una omisión en cuanto al dictado de la normativa reglamentaria administrativa pertinente, fue trasladada al ap. 5 de la parte resolutive del pronunciamiento propuesta por la posición mayoritaria¹³⁴⁷.

C) *Algún signo interesante sobre la temática de la inconstitucionalidad por omisión transmitido por un grupo de magistrados del T.C.*

a) En un pronunciamiento relativamente reciente, de 3 de noviembre de 2011, Rol 1881-2010 (Sala Segunda del T.C., Rel. Sebastián López M.), puede atisbarse alguna

1346 El fallo puede leerse en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=964.

1347 Sustentada por los ministros Cea Egaña, Fernández Baeza, Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán. Hubo una *prevención* del Ministro Fernández Fredes (centrada en su concurrencia a la sentencia en el sentido de declarar la constitucionalidad de las normas que en ella se singularizan como de carácter orgánico constitucional, puesto que todo lo relacionado con la regulación de la organización básica de la Administración del Estado ha sido encomendado por el constituyente al legislador orgánico constitucional, por lo que no advertía inconveniente alguno en que una norma legal aprobada con el quórum respectivo y sometida al control pertinente del tribunal, pudiera conferir potestades públicas a una entidad de derecho privado, si bien integrada, como en este caso, por organismos que formaban parte de la Administración Pública, haciendo excepción con ello a lo dispuesto con carácter general, pero en el rango exclusivamente legal, por el inc. 2° del art. 6 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Convergió además una *disidencia* de los ministros Bertelsen Repetto, Vodanovic Schnake y Correa Sutil, quienes propiciaron la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos del proyecto consultado, en tanto la CONAF no formara parte de la Administración del Estado.

remisión al problema por parte de cuatro (4) de sus ministros que plasmaron un voto particular concurrente.

Se trataba del *requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del art. 102 del Código Civil (C.C.), en los Autos Rol N° 6787-2010, recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de una Oficial de Registro Civil Adjunto (“Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”).

Como antecedentes, puede mencionarse que un abogado, actuando en nombre de los Sres. C. A. Peralta Wetzel, H. H. Arias Montero, V. M. Arce García, J. M. Lillo Isla, S. Abran y J. M. Mardones Godoy, interpuso recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, oficial civil adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, dando cuenta de que los Sres. Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a la recurrida hora para contraer matrimonio, petición que les fue denegada por aquella aduciendo que la legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los Sres. Arce y Lillo le requirieron la convalidación de su matrimonio válidamente celebrado en Argentina y los Sres. Abran y Mardones le pidieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, rechazándose ambas peticiones por la recurrida, quien señaló que solamente podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

El entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa sobre recurso de protección, requirió —como medida para mejor resolver— un pronunciamiento del T.C. sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el art. 102 del C.C., en el aludido proceso.

Tal disposición establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

b) La Sala Segunda del T.C. declaró admisible el requerimiento, pasando así al pleno, el que efectuó la sustanciación de rigor.

En síntesis, el T.C. desestimó el requerimiento sobre la base de los arts. 19, N° 2; 63, N°s 3 y 20; y 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución; así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del T.C.

En particular, dijo que era inviable porque “lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, *lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y*

mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil [...]. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que ‘*los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*’. De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas”.

c) Más allá de la solución final por la que optó la mayoría, nos interesa traer aquí algunos lineamientos contenidos en el voto particular concurrente de los ministros Fernández Fredes, Carmona Santander, Viera-Gallo Quesney y García Pino.

Entre otras apreciaciones y citando antecedentes de jurisprudencia comparada (del Consejo Constitucional francés, las Cortes Constitucionales de Sudáfrica y Colombia y el TEDH), aquellos sostuvieron:

- Que el ordenamiento jurídico —chileno— no contempla ninguna regulación explícita y completa de uniones del mismo sexo y que semejante “*omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección*” para ellas, aunque desde tiempo antes al dictado del pronunciamiento habían sido presentadas diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias (F. 28).
- Que, “[n]ada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie” la regla contenida en el art. 102 del C.C. (F. 34) y que “para efectuar tal modificación o para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar” (F. 35).
- Y que “legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a

situaciones de menoscabo y desamparo. *Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud*” (F. 36). Sin embargo, dejaron en claro que correspondía al Parlamento y no al T.C. “dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente” (F. 37).

Antes de pasar al epílogo, vale remarcar que la categoría del *déficit de protección* a la que se alude y que puede entenderse como la manifestación de una omisión legislativa inconstitucional, ya había sido empleada —por ejemplo y como vimos— por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-075/07, de 7 de febrero de 2007, y luego replicada en otras de sus decisiones.

D) Final

El acercamiento a la problemática propuesta por los ministros disidentes en el fallo reseñado en el subapartado precedente resulta plausible y en él se entrelazan elementos y aspectos vinculados a la corrección de las *omisiones legislativas* y a las *exhortaciones al legislador* en el marco de una *sentencia desestimatoria del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* individualizado *supra*, envolviendo una cuestión compleja y de alta sensibilidad jurídica, social, moral y religiosa.

Por lo demás, del resto de los decisorios abordados surge que en realidad no puede afirmarse la existencia en el seno del tribunal de una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, sino sólo algunas aproximaciones vehiculadas principalmente por medio de sentencias exhortativas a las autoridades competentes (legislativas o administrativas), aunque mostrándose muy cauteloso y haciendo uso de un intenso *self-restraint*.

2. El Salvador

A) En un momento ya lejano vemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación —Sala de lo Civil— declaró (el 27 de febrero de 1992), antes de la sanción del Código de Familia, que el art. 988 del Código Civil, que establecía una desigualdad de los hijos extramatrimoniales en sus derechos sucesorios respecto de los hijos legítimos, contrariaba la Ley fundamental y *que la mora del legislador en adecuar la legislación al nuevo texto constitucional no impedía a aquel Tribunal determinar la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución*¹³⁴⁸.

1348 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Civil, 27 de febrero de 1992, *El Derecho*, 163-367, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., “La Constitución prevalece sobre las leyes”.

B) Ya con un grado mayor de desarrollo, la Sala de lo Constitucional de la citada Corte ha deparado algunos precedentes alentadores. Aludimos, v. gr., a los Exptes. N^{os}. 66-2005/4-2006, Inconstitucionalidad, de 15 de febrero de 2012 y 53-2005/55-2005, Inconstitucionalidad, de 1 de febrero de 2013.

a) Básicamente, el primero de ellos concentraba sendos procesos de inconstitucionalidad promovidos por dos ciudadanos que solicitaban se declarara, de un modo general y obligatorio, la *inconstitucionalidad por omisión parcial del art. 26, inc. 2º*, del Decreto Legislativo N^o 208, de 30 de noviembre de 2000, publicado en el *Diario Oficial* N^o 237, de 18 de diciembre del mismo año, que contenía la Ley del Fondo de Conservación Vial (LEFOVIAL), reformado por Decreto Legislativo N^o 597, de 31 de octubre de 2001, publicado en el *Diario Oficial* N^o 212, de 9 de noviembre de igual año, y por Decreto Legislativo N^o 114, de 12 de octubre de 2006, publicado en el *Diario Oficial* N^o 57, de 31 de marzo de 2008. Ello, ante la supuesta violación al principio de igualdad consagrado en el art. 3 de la Constitución.

En primer lugar, la Sala aclaró que el objeto de control planteado no era el contenido normativo del art. 26, inc. 2º, de la LEFOVIAL en tanto establecía una exención al pago de la contribución que el mismo artículo creaba, sino que el juicio de constitucionalidad versaría sobre la *omisión del legislador de incluir dentro de dicha disposición a diversos sujetos que compartían las mismas características que los exentos*.

Destacó además que ese tipo de análisis se realizaba no sobre normas previamente establecidas, sino sobre aquellos *comportamientos omisivos de los entes investidos de potestades normativas, en cuanto a la producción de disposiciones infraconstitucionales que desarrollaran las normas que contenían mandatos constitucionales*; es decir, el *principal efecto era constatar la omisión en desarrollar mandatos constitucionales* —normas que sin el consecuente desarrollo legislativo veían mermada su efectividad práctica—.

Luego de dejar en claro que la supremacía constitucional no sólo se limitaba a convertir a la Norma básica en referente negativo, como frontera que no podía ser traspasada, sino que también provocaba que el proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra fuera de obligatorio cumplimiento, puntualizó que la falta de realización de semejantes obligaciones era también una violación a la supremacía constitucional al colocar a los poderes ordinarios o constituidos en el mismo nivel de la Ley suprema, quienes tendrían la opción de cumplirla o no. Por ello, la aceptación del instituto de la omisión vulneradora de la *norma normarum* repercutía de manera positiva en la finalidad de asegurar el real cumplimiento de la voluntad del poder constituyente, voluntad que no se plasmaba solamente en prohibiciones, sino que también encontraba su reflejo en *obligaciones de hacer*, para cuya efectividad estaba diseñada la *inconstitucionalidad por omisión*.

En definitiva, entendió que el Legislativo había incurrido en *una exclusión arbitraria de beneficio* que conllevaba dos situaciones: *i*) la violación al principio de igualdad; y *ii*) la generación de una inconstitucionalidad por omisión. Así, juzgó procedente tildar de inconstitucional la disposición sujeta a examen de constitucionalidad y “reconstruirla” sustituyéndola por la otra, determinando que el art. 26 de la LEFOVIAL vulneraba el art. 3 de la Ley fundamental.

En síntesis, declaró la inconstitucionalidad —por vicio en su contenido— del inc. 2° del art. 26 de la citada ley por contravenir el nombrado art. 3 constitucional, “al establecer un vehículo acuático, en las excepciones contenidas en similares condiciones para la gasolina de aviación, lo cual genera una *inconstitucionalidad por omisión*”. Por consiguiente, estipuló que tal declaratoria implicaba que sería la Asamblea Legislativa, en uso de su libertad de configuración, la que debería adecuar el aludido inciso del art. 26 de la LEFOVIAL a los presupuestos tomados en consideración para pronunciar la inconstitucionalidad por omisión parcial, e incluir a aquellos sujetos o sectores que encajaran dentro de los motivos de la exención al impuesto analizado.

b) El último de los expedientes nombrados concentraba dos procesos constitucionales acumulados promovidos por varios ciudadanos con el fin de que se declarara la *inconstitucionalidad por omisión total* en que habría incurrido la Asamblea Legislativa al no emitir la regulación que desarrollara el contenido de los arts. 38, ord. 12, y 252 de la Constitución. La primera de tales normas establecía que la ley determinaría las condiciones bajo las cuales los patronos estarían obligados a pagar a sus trabajadores permanentes que renunciaran a su trabajo una prestación económica cuyo monto se fijaría en relación con los salarios y el tiempo de servicio. Ya el segundo de tales preceptos especificaba que el citado derecho tendría aplicación una vez que fuese regulado en la ley secundaria, la cual no podría tener efecto retroactivo.

La sentencia resulta muy interesante, *inter alia*, porque vincula la problemática de los DESC y su justiciabilidad con la cuestión del control de las omisiones inconstitucionales. Al respecto, la sala puntualizó que cuando el goce efectivo de una prestación derivada de un determinado derecho fundamental requiriera de la intervención del legislador, porque la Constitución impuso a éste un mandato para emitir un cuerpo jurídico determinado, el mecanismo que se utilizaría para controlar semejante abstención era el de la *inconstitucionalidad por omisión*. Añadió que *la ausencia de legislación no podía significar la inexistencia de un contenido constitucionalmente definido del derecho y, por tanto, susceptible de protección jurisdiccional*.

Indicó además que la Ley de Procedimientos Constitucionales salvadoreña no previó expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos para garantizar la eficacia de la Ley suprema ante la inacción legislativa.

Sin embargo, advirtió que en su jurisprudencia había sostenido que ese instrumento de protección reforzada era aplicable en el derecho procesal constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (cfr. resolución de 5 de noviembre de 1999, Inc. 18-98). Fundamentalmente, de acuerdo con la nombrada decisión (reiterada en la sentencia de 28 de abril de 2000, Inc. 2-95), las razones que habían sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* eran la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

Juzgó que existía un *mandato explícito* para que el Legislativo emitiera un cuerpo jurídico que regulase el derecho de los trabajadores permanentes a una prestación económica por renuncia voluntaria.

También verificó la convergencia de un *comportamiento omisivo* de parte de la Asamblea Legislativa, que había reconocido explícitamente en sus informes que, al momento del dictado de la sentencia, el ordenamiento jurídico no contaba con una ley vigente que regulara el derecho reconocido en el consignado art. 38, ord. 12, de la Constitución. Dicho reconocimiento quedaba robustecido por el hecho de que, según la autoridad demandada, existía un procedimiento legislativo que comprendía varias iniciativas de ley sometidas al análisis de una comisión técnica, con el fin de que se promulgara una “Ley de Indemnización Universal”.

Arguyó asimismo que el derecho establecido en la norma señalada en el párrafo anterior existía y, por ello, detentaba una fuerza normativa que vinculaba al Legislativo. Sin embargo, respecto de sus garantías, dicho órgano del Gobierno no había establecido normativamente los cauces mediante los cuales aquel derecho debía ser protegido y asegurado.

En definitiva, declaró de un modo general y obligatorio que *existía la inconstitucionalidad por omisión total* alegada, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 252 de la Constitución, en relación con el art. 38, ord. 12°, *Ibid.*, y no haber emitido la ley que determinara las condiciones bajo las cuales los patronos estarían obligados a pagar una prestación económica a los trabajadores permanentes que renunciaran a su trabajo.

Consecuentemente, ordenó que la Asamblea Legislativa emanara, a más tardar el 31 de diciembre de 2013, la ley por la que se fijaría de maneras precisa, organizada y sistemática las condiciones de ejercicio del citado derecho.

Como dato informativo, se subraya que en los últimos días de diciembre de 2013 el órgano legislativo dio cumplimiento a lo ordenado por la sala, sancionando la llamada Ley Reguladora de la Prestación Económica por Renuncia Voluntaria.

3. Nicaragua

Algún vestigio embrionario al respecto dejó la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, al dictar la Sentencia N° 90, el 22 de abril de 1999, en Expte. N° 1.375, Recurrente: Dr. Julio Centeno Gómez, Recurrido: Dr. Iván Escobar Fornos.

En tal pronunciamiento hizo lugar al amparo por omisión articulado en virtud de haberse constatado que la Asamblea Nacional de la República no había cumplido con las normas constitucionales establecidas en los arts. 113; 138, num. 6; y 150, num. 5; en punto a la obligación constitucional de “conocer, discutir y aprobar el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República para su aprobación”.

Ordenó *volver las cosas al estado que tenían antes de la violación constitucional por omisión, superando el estado de violación constitucional por la falta de aprobación del Proyecto de Presupuesto General de la República 1999*, señalando además que era obligación de la Asamblea Nacional cumplir con su atribución constitucional de conocer, discutir y aprobar el Proyecto de Presupuesto General de la República 1999, a efecto de que no persistiera el estado de violación constitucional entonces existente.

CAPÍTULO

IV

SUCINTA ALUSIÓN A EE.UU.

I. Advertencia preliminar

En el modelo norteamericano operan concomitante y combinadamente algunos factores singulares que conforman una situación institucional y jurídica con particularidades propias respecto de los ordenamientos constitucionales y legales analizados hasta aquí.

En efecto, no debemos olvidar la articulación de la fórmula federal, que supone la configuración de la Unión o Estado federal dentro del que coexisten los Estados federados, que conservan su autonomía constitucional y legislativa¹³⁴⁹.

Tampoco puede obviarse la aparición por vía pretoriana de la *Judicial Review* y la consecuente implementación de un sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso; la falta de institucionalización expresa de la figura de la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito federal; y, entre otros elementos que componen una gama de ingredientes bastante particular, la germinación también jurisprudencial de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

En consecuencia, y como en cierto modo sucede en el caso argentino al compartir con el modelo americano algunos puntos estructurales de visible proximidad, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no puede ser analizado linealmente a la luz de los cánones reinantes en otros esquemas estadales moldeados bajo condiciones y premisas políticas y jurídicas diferentes (por ejemplo, sistemas donde rige el control de constitucionalidad concentrado, el mixto o el dual), por lo que cualquier examen objetivo de la cuestión relativa a un posible control correctivo de las omisiones inconstitucionales debe necesariamente tomar en consideración aquellas peculiaridades.

II. Consideraciones contextuales adicionales

1. Introducción

No es éste el lugar apropiado para entregarse a describir exhaustivamente el constitucionalismo norteamericano, tarea que además de inabarcable, sería vana a los efectos de esta sumaria exploración contextual.

1349 Cfr. CASCAJO CASTRO, José L. y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B., en “Nota preliminar” [a la Constitución de los Estados Unidos de América], op. cit., *Constituciones extranjeras contemporáneas*, pp. 60-61.

Sin embargo, unas breves pinceladas sobre ciertos aspectos del esquema institucional y particularmente de la rama judicial y el modelo de control de constitucionalidad encabezado por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), pueden ayudar a poner en perspectiva y comprender mejor cuanto aquí se dirá.

2. Jurisprudencia de la SCJ y estructuración del sistema jurídico-político

En primer lugar, el sistema jurídico-político norteamericano se ha edificado y estructurado en buena medida a partir de la praxis jurisprudencial de la SCJ.

Tanto así que GARCÍA PELAYO puntualizaba que el Estado de Derecho norteamericano es un Estado de Derecho judicial. Es que, como explica tal autor, si bien la dirección política de EE.UU. es llevada a cabo sobre todo por el Presidente, “en cambio el orden constitucional sobre el que se estructura el país es, ante todo, una creación de la Judicatura”¹³⁵⁰.

Pasa luego a citar a CORWIN, en cuanto afirma que la Constitución americana es, a la vez, “instrumento y símbolo”. *Instrumento*, en tanto medio para el ejercicio del poder político positivo, la creación de una Federación fuerte y efectiva, la marcha hacia adelante; y *símbolo*, en cuanto significa limitación y prohibición, consagración del orden establecido, defensa de los intereses privados frente al poder político. La descripción se remata con la siguiente afirmación: “Pero quien en último término tiene la llave para equilibrar o desequilibrar lo instrumental y lo simbólico es la *Judicatura*”¹³⁵¹.

III. Algunas pautas jurisprudenciales significativas

1. Injerencia de la jurisprudencia en la gestación normativa

En línea con lo indicado, la jurisprudencia de la SCJ ha tenido un rol muy importante en la creación de nuevas disposiciones *constitucionales* y *legales*.

1350 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas*, Tº I, CEC, Madrid, 1991, p. 584.

Cabe aclarar que el texto citado constituye un libro autónomo, publicado por ejemplo conforme la siguiente referencia: *Derecho constitucional comparado*, reimpres., Alianza Universidad, Madrid, 1984; aunque la cita del párrafo anterior corresponde al trabajo localizado en el compilado de obras completas del autor.

1351 Ídem.

A) *Enmiendas constitucionales*

Así, la reacción contra diversas resoluciones del órgano judicial máximo en el ámbito federal han resultado determinantes para la instrumentación de ciertas enmiendas constitucionales. Pasamos a referir brevemente algunos de los casos.

a) La *undécima enmienda* (1798) fue ideada para abolir lo consagrado en *Chisholm v. Georgia*¹³⁵² (1793). Se eliminó la jurisdicción de la SCJ sobre los juicios “entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado” y “entre un Estado y ciudadanos o súbditos extranjeros” de la sección 2ª del art. III¹³⁵³.

En definitiva, el texto de la innovación constitucional quedó redactado así: “El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero”.

La base fáctica de *Chisholm v. Georgia* muestra que un ciudadano de Carolina del Sur demandó ante la SCJ al Estado de Georgia por una determinada deuda. Si bien el accionado no la negó, sí se opuso a comparecer ante el tribunal alegando que, en tanto Estado soberano, no estaba obligado a comparecer en los procesos en que fuera demandado sin su consentimiento. La SCJ rechazó la defensa basándose en que el citado segmento del art. III limitaba la inmunidad de los Estados, concediendo explícitamente jurisdicción a los tribunales federales en casos entre individuos y Estados de los que aquellos no fueran ciudadanos.

La undécima enmienda, rápidamente adoptada, buscó dejar a salvo la inmunidad de los Estados en juicios articulados en su contra tanto por ciudadanos de otros Estados de la Unión como por extranjeros. Luego la jurisprudencia fue matizando el alcance de la citada inmunidad.

b) La *decimotercera enmienda* (1865) anuló la doctrina esclavista de *Scott v. Sandford*¹³⁵⁴ (1857), cuyo ponente fue el *Chief Justice* de la SCJ, Roger B. Taney. Desde nuestro punto de vista, ésta es una de las más reprochables sentencias de la historia institucional del Alto Tribunal, e indudablemente un antecedente inmediato de la Guerra de Secesión.

1352 2 U.S. 419 (1793).

1353 En el idioma original, el texto dispone: “The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state”.

1354 60 U.S. 393 (1857).

Dicha sentencia es también conocida como *Dred Scott Decision*.

La aludida modificación constitucional fue motorizada por el Presidente Abraham Lincoln y, por conducto de ella, todos los esclavos fueron emancipados. El texto, en su sección 1ª, dispone: “*Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto*”¹³⁵⁵.

c) La *decimosexta enmienda* (1913) fue aprobada para derribar la doctrina surgente de *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Company*¹³⁵⁶ (1895).

En apretada síntesis, cabe recordar que en 1894 el Congreso aprobó la ley *Wilson-Gorman Tariff Act*, que fijaba un impuesto federal del dos por ciento (2%) sobre las rentas superiores a los US\$ 4.000 que procedieran tanto de propiedades muebles como inmuebles. En el caso nombrado, la SCJ determinó que tal impuesto era directo y en consecuencia inconstitucional al no ser proporcional al censo, como lo requería el art. I, sección 9ª, párrafo 4º, de la Constitución.

La decimosexta enmienda (ratificada en 1913) dejó sin efecto la citada sentencia, modificó aquel precepto constitucional y deshizo las limitaciones sobre impuestos, autorizando al Congreso a imponer y recaudar tributos sobre las rentas, sea cual fuere la fuente de que provinieran.

En suma, el texto quedó conformado del siguiente modo: “El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin prorratearlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento”¹³⁵⁷.

B) Congreso y Suprema Corte de Justicia

a) Análogamente y como se anunciaba, cierta legislación emanada del Congreso reconoce frecuentemente su génesis en las decisiones que ha venido adoptando la SCJ.

En esa línea y por mencionar algunos temas que han tenido proyección pública, PÉREZ AYALA¹³⁵⁸ alude como ejemplo a: la ley sobre protección de la bandera (1989),

1355 En inglés, la parte pertinente del precepto establece: “Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”.

1356 157 U.S. 429 (1895).

1357 En lengua inglesa, la disposición establece: “The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several states, and without regard to any census of enumeration”.

1358 PÉREZ AYALA, Andoni, “Para conocer mejor el constitucionalismo norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 82, enero-abril de 2008, CEPC, Madrid, p. 421.

Es preciso aclarar que el citado estudio de PÉREZ AYALA se ha elaborado a propósito del libro de BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal*

en respuesta a la célebre sentencia *Texas v. Johnson*¹³⁵⁹ (1989), relativa a la quema de la bandera; o, en materia religiosa, la *Religious Freedom Restoration Act* (1993), en reacción al pronunciamiento de la SCJ sobre el tema, en 1990.

b) De su lado, LÓPEZ BOFILL advierte sobre un aspecto interesante en la evolución de la dinámica de la SCJ: el proceso hacia la superación de la influencia del modelo de enmienda constitucional (que apuntábamos más arriba) para contrarrestar el juicio negativo de la SCJ en el marco de la aludida *avoidance doctrine*.

El nombrado autor se refiere a la *conformación de un modelo en el que la determinación del significado constitucional no está gobernado por una confrontación entre los diferentes poderes sino por una colaboración expresada en un diálogo entre los jueces (con la SCJ en la cúspide), el Legislativo y, eventualmente, el Ejecutivo*¹³⁶⁰.

En definitiva, la idea central consiste en tender puentes dialógicos que conduzcan a la más adecuada solución constitucional surgida de una “previa interpretación compartida”¹³⁶¹.

2. Margen de discreción de la SCJ y los tribunales inferiores

Moviéndonos hacia el punto central que pretendemos enfocar aquí, podemos reenviar inicialmente a FERREIRA MENDES, quien luego de recordar el amplio margen de discreción del Tribunal Constitucional austríaco en la determinación de las consecuencias de sus decisiones y el modelo americano que, ceñido al caso concreto, en principio carece de semejante laxitud para manejar las nuevas técnicas de decisión implementadas por aquel tribunal europeo, pone en evidencia que no obstante ello existe una tendencia de la jurisprudencia de los tribunales inferiores americanos de no limitarse a casar las providencias emitidas por el Ejecutivo o el Legislativo, sino también a imponerles obligaciones positivas¹³⁶².

Así, continúa el mencionado autor, en caso de que las autoridades administrativas o legislativas no cumplan lo establecido en la sentencia, los tribunales pueden asumir la responsabilidad por la ejecución de la misma. Tal jurisprudencia, considerada como

Supremo de los Estados Unidos de América, 2ª ed., Colección *Textos y Documentos*, CEPC - BOE, Madrid, 2006.

1359 491 U.S. 397 (1989).

1360 LÓPEZ BOFILL, Héctor, op. cit., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, p. 260.

1361 *Ibid.*, p. 261.

1362 MENDES, Gilmar, op. cit., “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei — ‘Unvereinbarkeitserklärung’ — na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, p. 63, nota 5.

uno de los más interesantes desarrollos en el derecho constitucional norteamericano de los últimos tiempos, comenzó —según destaca el doctrinario brasileño¹³⁶³— con el esfuerzo por superar la segregación racial en las escuelas a partir de la decisión emitida por la SCJ en *Brown v. Board of Education*¹³⁶⁴ (1954 y 1955), y tuvo continuidad en otras decisiones que exigían o determinaban la concretización de reformas en cárceles e instituciones psiquiátricas (*Bounds et al. v. Smith et al.*¹³⁶⁵, 1977).

En línea convergente, MIRANDA recuerda que con frecuencia los tribunales en EE.UU. han ejercido el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideran necesarias¹³⁶⁶. Así, al declarar derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las legislaturas estatales adopten enseguida las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio¹³⁶⁷. O es la propia SCJ que “descubre” un nuevo derecho, al abrigo de la Undécima Enmienda, en una interpretación creativa, aunque discutida por cierta corriente doctrinaria¹³⁶⁸.

3. *Legislative Injunctions*

De obligada consulta para un acercamiento a la problemática de los remedios contra la inercia legislativa en EE.UU., aparece el trabajo de SCHAPIRO sobre la potencialidad del denominado “*Legislative Injunction*” (o ‘*mandamiento judicial legislativo*’ en la traducción al español del ensayo en cuestión¹³⁶⁹).

El planteo inicial de tal autor radica en sostener que el aumento de la litigiosidad interorgánica en EE.UU., donde los jueces federales exigen una reordenación básica de las instituciones administrativas, ha ocasionado un incremento de conflictos entre los tribunales y los parlamentos¹³⁷⁰. Y, justamente, su trabajo queda ceñido al uso del “mandamiento judicial de legislar” por los tribunales federales frente a los parlamentos

1363 Ídem.

1364 347 US 483 (1954) y 439 US 294 (1955).

1365 430 US 817 (1977).

1366 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 512.

1367 AGRESTO, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Itaca y Londres, 1984, pp. 118-119; cit. por MIRANDA, Jorge, ídem, nota 1 a pie de página.

1368 Cfr., por todos, REIMAN, Jeffrem, “The Constitution, Rights and the Conditions of Legitimacy”, en ROSENBAUM, Alan S. (ed.), *Constitutionalism. The Philosophical Dimension*, New York, 1988, pp. 127 y ss.; cit. por MIRANDA, Jorge, ídem, nota 2 a pie de página.

1369 Nos referimos específicamente a SCHAPIRO, Robert A., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N^{os} 20-21, Universidad de Valencia, trad. de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, Valencia, 1997, pp. 73-96.

1370 *Ibid.*, p. 73.

estatales y locales, que —según afirma— es el instrumento más común para los litigios interorgánicos¹³⁷¹.

En la proposición argumental de SCHAPIRO, se aprecia que a partir de la reseña de dos casos (*Jenkins v. Missouri*¹³⁷² y *United States v. City of Yonkers*¹³⁷³), aquel individualiza dos formas de superar la obstrucción legislativa: por un lado, el tribunal puede ordenar a los legisladores que promulguen ciertas normas, lo que podría llamarse “mandamiento judicial de legislar”; o bien, por el otro, sortear el procedimiento legislativo y dictar directamente una legislación a través de una sentencia judicial, lo que podría denominarse “mandamiento judicial legislativo” en sentido estricto¹³⁷⁴.

Mutatis mutandis, vemos algún punto de convergencia entre la cuestión que venimos relatando en la jurisprudencia norteamericana y la práctica alemana, donde se

1371 *Ibid.*, p. 76, nota 15.

En otras palabras, señala que no examinará los ‘mandamientos judiciales legislativos’ por los tribunales estatales, ni considera los intereses especiales que resultan implicados en los mandatos judiciales dirigidos al Congreso de los EE.UU. (*idem*).

1372 Trata de los medios empleados por un juez para financiar un plan contra la segregación racial escolar en Kansas City, Estado de Missouri. Cuando el distrito escolar no logró obtener financiación para poner en marcha el plan contra la segregación racial ordenado por el Tribunal, el juez ordenó incrementar el impuesto local de propiedad e impuso un recargo sobre el impuesto estatal de la renta generada dentro del distrito (672 F. Supp. 400 —W.D. Mo. 1987—, ratificada en parte, revisada en parte) —*Ibid.*, p. 75 y nota 12—.

Pese a que el Octavo Circuito revocó la orden sobre el impuesto a la renta por considerarla una ruptura demasiado abrupta en relación con los métodos de financiación de la escuela, convalidó el recargo del impuesto a la propiedad (855 F. 2d 1295 —8º Cir. 1988—; *certiorari* concedido, 109 S.Ct. 1930 —1989—) —*Ibid.*, p. 75 y nota 13—.

A su tiempo la SCJ de EE.UU. entendió que el Tribunal de Distrito no podía disponer directamente un incremento de impuestos, pero sí ordenar a las autoridades escolares de distrito el establecimiento de impuestos y, de tal modo, inhibir la aplicación de las leyes estatales que pudieran limitar esa potestad impositiva (495 U.S. 33 —1990—) [cfr. ‘*Addenda* a la traducción española’, en el trabajo citado de SCHAPIRO, Robert A., p. 95 y nota 106].

1373 Se trataba de la decisión del juez Sand consistente en aplicar una reparación a la segregación racial en la escolarización y asignación de viviendas en Yonkers, Estado de Nueva York. Dicho juez había ordenado a los miembros de la Asamblea Municipal, bajo pena de multa y encarcelamiento, promulgar la legislación requerida por un decreto consensual (*United States v. Yonkers Bd. of Educ.*, N° 80-6761 —S.D.N.Y. 26 de julio de 1988—). Cuando el Ayuntamiento rechazó la legislación impuesta, el juez fijó las penas a los miembros de la Asamblea que votaron contra esa legislación y el Segundo Circuito confirmó la resolución (856 F 2d. 444 —2º Cir. 1988—). A su tiempo, el Tribunal Supremo suspendió las órdenes por desacato dictadas judicialmente (109 S. Ct. 14 —1988—) y en consecuencia acordó revisar las sanciones (109 S. Ct. 1337 —1989—) [*Ibid.*, pp. 74-75 y notas 8, 9, 10 y 11].

En definitiva, la Corte Suprema de EE.UU., en 495 U.S. 265 [1990], y luego del *certiorari* concedido a nombre de *Spallone v. United States*, anuló —por mayoría— las sanciones de desacato dictadas contra cada uno de los miembros del Ayuntamiento, afirmando que el juez debió haberse apoyado en la imposición de multas contra la ciudad de Yonkers para asegurar el cumplimiento de su decreto consensual (cfr. ‘*Addenda* a la traducción española’, en el trabajo citado de SCHAPIRO, Robert A., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, p. 95 y nota 103).

1374 *Ibid.*, p. 75.

observa que las omisiones legislativas también pueden ser analizadas en los conflictos interorgánicos (*Organstreit*), cuando el actor afirme que el demandado, al dejar de promulgar una ley determinada, violó un deber constitucional¹³⁷⁵.

Retomando la referencia específica al derecho americano, “mandamiento judicial legislativo” es —en la percepción de SCHAPIRO— la orden de un tribunal que sirve para crear legislación sin consideración de la discrecionalidad del legislador¹³⁷⁶.

Aquel mandamiento fuerza, o sustituye, la promulgación de una norma específica y es un medio para contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional¹³⁷⁷, la que, cualesquiera que sean los términos empleados para describir el entendimiento contemporáneo del papel de los derechos en la regulación de la interacción de los individuos y el Estado, *no debería ocupar ningún lugar privilegiado*¹³⁷⁸.

En una especie de fórmula sintetizadora de su propuesta (moldeada, entre otros ingredientes, al influjo de la observación jurisprudencial), SCHAPIRO especifica que cuando una omisión legislativa prolongada transgrede directamente una orden reparadora de un tribunal emitida después de una declaración de una violación constitucional, los tribunales generalmente han asumido amplios poderes para forzar el cumplimiento del legislativo; mientras que cuando no ha existido dicha determinación judicial de responsabilidad y la omisión no viola ninguna orden judicial directa, los tribunales son prudentes a la hora de exigir una cooperación legislativa¹³⁷⁹.

4. Algunas sentencias de la SCJ dignas de mención

Abandonando la problemática específica que analiza SCHAPIRO (utilización del “mandamiento judicial de legislar” por los tribunales federales frente a los parlamentos estatales y locales), y desde una perspectiva más general, BARKER¹³⁸⁰ enumera determinados casos resueltos por la SCJ norteamericana en los que de algún modo se ventilaron cuestiones en torno de las omisiones inconstitucionales, a saber:

1375 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?, p. 21.

1376 SCHAPIRO, Robert A., op. cit., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, pp. 75-76.

1377 *Ibid.*, p. 76.

1378 *Ibid.*, p. 94.

1379 *Ibid.*, p. 81.

1380 BARKER, Robert S. (Profesor de Derecho Constitucional, Duquesne University, Pittsburgh, Pennsylvania, EE.UU.), “Inconstitucionalidad por omisión”, informe especialmente elaborado para evacuar una consulta que oportunamente le formuláramos dentro del marco de la presente investigación [la traducción del inglés es de nuestra autoría].

- *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*¹³⁸¹ (1983), en el cual la SCJ declaró inconstitucional una acción unilateral de la Cámara de Representantes, al decidir que la conducta de ésta fue inconstitucional a causa de la falta de participación del Senado y el incumplimiento de presentar la cuestión ante el Presidente para su aprobación o veto (o sea, el Senado y el Presidente fueron inconstitucionalmente omitidos en el proceso).
- *Goldwater v. Carter*¹³⁸² (1979), asunto en el que el ex Presidente Carter había denunciado un tratado de mutua defensa con la República de China (Taiwán). El senador Barry Goldwater y otros senadores entablaron demanda argumentando que el tratado, que había sido aprobado por el Senado muchos años atrás, no podía denunciarse sin la aprobación del órgano senatorial; esto es, que la conducta de Carter era inconstitucional por omisión. La SCJ se pronunció contra el reclamo de los senadores, pero no existió opinión argumentalmente homogénea de la mayoría, pues algunos jueces dijeron que el asunto era una “cuestión política”, otros, que los senadores carecían de legitimación y finalmente los restantes entraron a analizar el fondo de la causa.
- *United States v. Richardson*¹³⁸³ (1974), en el cual un ciudadano planteó un mandamiento judicial (*injunction*) para obligar al Secretario del Tesoro a publicar el estado contable de los ingresos y gastos de la CIA (Central Intelligence Agency) como supuestamente vendría requerido por el art. I, § 9, cláusula 7, de la Constitución norteamericana. La SCJ decidió que el demandante carecía de legitimación.

Sea como fuera, BARKER puntualiza que el concepto de inconstitucionalidad por omisión no es una parte significativa del derecho constitucional de los EE.UU., porque la Constitución norteamericana impone “muy pocas *obligaciones* al Congreso” [énfasis del original]. Las garantías de los derechos en dicha Constitución no dependen de la legislación para su definición o ejecución, sino que más bien son directamente ejecutables sin una acción congresional¹³⁸⁴.

En definitiva, advierte que en EE.UU. es mucho más probable encontrar hipótesis de inconstitucionalidad por omisión en el derecho constitucional estatal que en el derecho constitucional federal¹³⁸⁵.

1381 462 U.S. 919, 103 S.Ct. 2764, 77 L.Ed.2d 317 (1983).

1382 444 U.S. 996, 100 S.Ct. 533, 62 L.Ed.2d 428 (1979).

1383 418 U.S. 166, 94 S.Ct. 2940, 41 L.Ed.2d 678 (1974).

1384 BARKER, Robert S., “Inconstitucionalidad por omisión”, en el informe citado.

1385 Ídem.

Como dato colateral, pero interesante para tener en cuenta por la discusión que la cuestión de la constitucionalidad de la sección 25 de la *Judiciary Act* generó, SAGÜÉS comenta que —para CROSSKEY, quien sigue los puntos de vista de POMEROY— en el tema dicha ley “era inconstitucional *por omisión*, ya que retaceó la competencia federal *exclusiva* en todos aquellos puntos en donde esa autoridad judicial debía entender, según la Constitución (en otros términos: si está en juego la exégesis de la Constitución federal, el asunto debió haberse discutido siempre en sede federal, y no principiar ante tribunales estatales, para desembocar únicamente en la etapa final en la Corte Suprema federal)”¹³⁸⁶.

A modo de digresión, pero para tender un enlace de ese tópico con Argentina, el antecedente más nítido de nuestro *recurso extraordinario federal* (REF) plasmado en la Ley N° 48¹³⁸⁷, promulgada el 14 de septiembre de 1863 (aunque sin aparecer tal denominación en dicho texto legal), se remonta a la nombrada *Judiciary Act*, de 24 de septiembre de 1789, concretamente en su sección 25 que daba forma al desaparecido *Writ of Error*.

La citada filiación del REF (en cuanto al art. 14 de la Ley N° 48) reconducible a la *Judiciary Act*, ha sido temprana y explícitamente reconocida por la propia Corte Suprema argentina, por ejemplo, *in re* “Recurso extraordinario deducido en la causa Banco de la Nación Argentina c/ David Gianelli por estafa”¹³⁸⁸, de 27 de diciembre de 1904.

En la ocasión, manifestó textualmente: “El art. 14 de la ley de jurisdicción y competencia del año 63 ha sido tomada de la ley americana de 24 de septiembre de 1789, *Judiciary Act*, sección 25, capítulo 50 (sección 709, Revised Statutes), y tanto la jurisprudencia nacional, como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero que se haya debatido en el pleito una cuestión federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados (Matas Pujadas v. Matas Hortal. Recurso de hecho, mayo 15 de 1902)”¹³⁸⁹.

1386 CROSSKEY, William W., *Politics and the Constitution in the history of the United States*, University Press, Chicago, 1953, pp. 219-220, y POMEROY, John N., *An introduction to the constitutional law of the United States*, 6° ed., Mifflin & Co., Houghton, Boston, 1881, pp. 507-517; citados por SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, T° 1, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 239.

1387 Publicada en el R.N. 1863-1869, p. 49.

1388 *Fallos*, 101:70.

Votaron los ministros Bunge, del Solar, Daract y Bermejo.

1389 Ello consta específicamente en *Fallos*, 101:79.

IV. Epílogo

Retomando la referencia específica al contexto norteamericano, sin olvidar los ingredientes característicos a los que aludíamos al iniciar este sector del trabajo (estructura estadual federal, control de constitucionalidad difuso, doctrina de las *political questions*, inexistencia de una norma específica que institucionalice el control sobre la inconstitucionalidad omisiva), sino por el contrario, teniendo en cuenta al margen de acción que ofrece el régimen jurídico como resultado de la interacción de aquellos condicionamientos y pautas *idiosincrásicos*, vemos que resulta auspiciosa la búsqueda de mecanismos que —adecuados a dichas particularidades— permitan efectuar un control jurisdiccional sobre las pretermissiones legislativas dentro o fuera del contexto específico de los conflictos interorgánicos.

Especialmente dentro de tal tipología de conflictos, es dable ponderar positivamente la utilidad funcional del “mandamiento judicial legislativo” al que se refiere SCHAPIRO, en el entendido de que un aspecto fundamental de los derechos constitucionales es que no están sujetos a la discrecionalidad legislativa, por lo que al emplear el aludido “mandamiento” para garantizarlos, los jueces no están usurpando la potestad legislativa, sino creando una nueva línea maestra constitucional de modo que el ejercicio de la discrecionalidad por el Legislativo, por acción o por omisión, no exceda su prerrogativa violando garantías constitucionales¹³⁹⁰.

Siguiendo esta línea argumentativa no es irrazonable pensar que, para contrarrestar la omisión legislativa inconstitucional y tal como defiende el autor citado en último término, el “mandamiento judicial legislativo” comporta un legítimo ejercicio de la autoridad judicial, *realmente tan legítimo como la revocación de la legislación inconstitucional a través de la ‘Judicial Review’*¹³⁹¹.

Por lo demás y aunque no constituya el objeto específico de análisis en este sector de la investigación, vale resaltar la importancia de ciertas elaboraciones jurídicas forjadas tal vez no exclusiva pero sí principalmente en EE.UU., además del control difuso de constitucionalidad. Nos referimos a las sentencias interpretativas y a las sentencias prospectivas, respecto de las cuales ya efectuáramos algunas aproximaciones en tanto vinculadas en mayor o menor medida a la inconstitucionalidad por omisión.

1390 SCHAPIRO, Robert A., op. cit., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, p. 95.

1391 *Ibid.*, p. 76.

TÍTULO DECIMOSÉPTIMO

**PANORAMA ESQUEMÁTICO DE
RESPUESTAS JURISDICCIONALES
ANTE LAS OMISIONES
INCONSTITUCIONALES**

CAPÍTULO

I

**REPERTORIO DE SOLUCIONES
PARA CORREGIR LA
INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN. ALGUNAS
CUESTIONES CONFLICTIVAS**

I. Notas preliminares

Antes de dedicarnos a discurrir sobre las posibles soluciones que la magistratura jurisdiccional (según el sistema de justicia constitucional adoptado) podría aportar en supuestos de pretericiones inconstitucionales absolutas o relativas, y en aras de contextualizar el delicado problema general subyacente —*la inconstitucionalidad por omisión*—, efectuaremos algunas acotadas consideraciones introductorias.

Como directriz envolvente, cabe en primer lugar recordar que para enfrentar el anunciado tópico es imprescindible una actitud creativa y valiente, aunque mesurada y razonable, de parte de la justicia constitucional.

Así, despojándose de preconcepciones o prejuicios, ésta debe asimilar que se encuentra constitucionalmente habilitada para diseñar las vías pertinentes en orden a la efectivización del derecho o la garantía contenidos en la norma constitucional de que se trate, en caso de ausencia de dispositivo legal reglamentario o, si éste ya existiera, en el supuesto de que su contenido preceptivo fuera insuficiente o imperfecto.

Y no es óbice para ello que el legislador no haya deparado los mecanismos procesales pertinentes para fiscalizar las omisiones inconstitucionales, pues un criterio contrario a tal aserto conduciría paradójicamente a hacer depender la solución al problema justamente de quien lo provoca. Y generalmente éste es el menos interesado en proporcionar tal respuesta pues en puridad ella implicaría generar un instrumento que luego posibilitaría que el propio legislador fuese controlado en el *despliegue de su inacción* y urgido a abandonarla.

Por consiguiente, es el juez quien está llamado a trazar (o imaginar) tales vías si el órgano legisferante no lo efectiviza. No hacerlo implicaría que aquel se mantuviera navegando en el *statu quo*, excusándose inercialmente de analizar probables pretericiones anticonstitucionales con el argumento de que no cuenta con las herramientas procesales para canalizar una pretensión en tal sentido.

Casualmente, tal carencia reconocería su raíz en una *omisión* de la autoridad sobre la que correspondía ejercer el control judicial para determinar si incurrió en otra *omisión* supuestamente también contraria a la Constitución y cuyo examen le viene propuesto por el peticionario al magistrado en cuestión. Es claro que en una hipótesis de tal naturaleza, el juez quedaría prisionero de las redes tendidas por un *juego de omisiones*, para el cual aportaría también la suya.

II. Acerca de posibles planteos concretos para controlar las omisiones inconstitucionales

1. Efectuadas las consideraciones que anteceden, es de toda obviedad que los pronunciamientos judiciales son la resultante de los planteos procesales constitucionales que se llevan al juez.

Consecuentemente, es muy importante que los peticionantes (según el esquema constitucional de que se trate) se animen a formular articulaciones creativas y a explorar nuevos caminos argumentales en busca del cometido que se proponen al incoar una acción o proceso que se dirija a prevenir o corregir una inercia inconstitucional.

Análogamente relevantes son otros elementos como la apertura *ideológica* del juez, su activismo prudente, su sentimiento de vinculación por la supremacía y la normatividad de la Constitución y su no menor respeto por la libertad de configuración del legislador democrático. Naturalmente, aquel no podría obviar que está en juego la eficacia de las disposiciones constitucionales, e indirectamente (tal vez no tanto), la efectividad de los derechos fundamentales que ellas consagran.

2. Dejando a salvo las diferencias que en cuanto a herramientas jurídicas cada ordenamiento pudiera acordar, es posible observar que los mecanismos de defensa de la Constitución jaqueada por vía omisiva son diversos, como surtido es el catálogo de respuestas que el juez tiene a disposición o puede idear para controlarlas. No olvidemos en este punto que muchas de las variantes sentenciales que el derecho comparado exhibe han sido gestadas en el propio vientre pretoriano.

En cuanto al primer tema, en una nómina preliminar y sólo para graficar la cuestión, aparecen:

- La *acción directa de inconstitucionalidad por omisión*, donde estuviera expresamente positivada.
- El *amparo clásico y el colectivo* en Argentina, o el instrumento que con diferentes denominaciones pero con finalidad similar (protección de los derechos fundamentales) existan en el derecho comparado, en sus respectivas variantes que permitan salvar omisiones inconstitucionales. Recuérdese que al amparo se lo designa como “acción de tutela” en Colombia; “recurso de protección” o “acción de protección”, respectivamente, en Chile y Ecuador; “*mandado de segurança*”, en Brasil; y “acción, recurso o proceso de amparo” en muchos otros países que lo programan.
- La *acción declarativa de certeza* (por ejemplo, en Argentina).

- Las *controversias constitucionales* y, en cierta medida, *las acciones de inconstitucionalidad* (México).
- El ‘*habeas corpus*’.
- Las *acciones de clase*.
- El *mandamiento de ejecución* (*vid. infra*) o, con sus particularidades, el *mandado de injunção* brasileño.
- Y por supuesto aunque ya desde otro plano procesal, el recurso a las *medidas cautelares*¹³⁹², para acompañar y complementar alguna acción que en particular se deduzca, y a las *medidas autosatisfactivas*, sobre las que volveremos muy sucintamente.

Con respecto a las modalidades sentenciales que pueden salvar o mitigar las pretericiones inconstitucionales, y con cargo a volver sobre el asunto, encontramos por ejemplo y *mutatis mutandis* a las *sentencias estimatorias de inconstitucionalidad ‘tout court’*, esto es, simples y típicas en la medida que el objeto de la pretensión apunte directamente a semejantes inercias anticonstitucionales.

Ya en la órbita de las sentencias “atípicas o intermedias”, puede acudir por ejemplo a las *decisiones interpretativas* y, dentro de éstas, particularmente a las *aditivas clásicas o puras* (para salvar las omisiones *relativas* del legislador), que en algunos sitios como Ecuador¹³⁹³ o Colombia¹³⁹⁴ se denominan sentencias de *constitucionalidad condicionada*, aunque en este último país también se las designan como *sentencias integradoras*¹³⁹⁵.

También es posible recurrir a las resoluciones de *inconstitucionalidad simple* o de *mera inconstitucionalidad sin nulidad*, acompañadas normalmente (aunque no siempre) de un plazo fijado al legislador para que proceda a corregirlas; a los pronunciamientos que *difieren la entrada en vigor de la nulidad*; a las decisiones *exhortativas y apelativas* (allí donde se las considere categorías distintas); y a las *recomendaciones al legislador*.

1392 En el caso argentino, debe hacerse notar que en fecha relativamente reciente ha entrado en vigencia la polémica Ley N° 26.854 (B.O. de 30 de abril de 2013), referida a las medidas cautelares en las causas donde es parte o interviene el Estado nacional.

En realidad, esta ley hace parte del conjunto originario de seis (6) proyectos en total elaborados por el Poder Ejecutivo en nombre de la “democratización de la Justicia”.

En particular, la nombrada ley establece limitaciones a los jueces para el dictado de *medidas cautelares en contra del Estado o sus entes descentralizados*, además de restricciones temporales al mantenimiento de tales medidas, lo que *a priori* aparece como una vulneración de los derechos y principios de acceso a la justicia, debido proceso e igualdad ante la ley en desmedro de los particulares.

1393 Cfr. art. 129, inc. 2°, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1394 Ver, por ejemplo, las Sentencias N°s C-109/1995 y C-080/1999 de la Corte Constitucional.

1395 Cfr., v. gr., Sentencia C-007 de 2001 de la Corte Constitucional.

III. Ciertos parámetros para detectar las pretericiones inconstitucionales

1. Como anticipáramos en otro segmento de esta investigación, dentro de las pautas para descubrir la presencia de una omisión inconstitucional fiscalizable, no cabría soslayar al factor temporal, entre otros elementos que ya fueron identificados.

Al respecto, se ha explicado que si el precepto constitucional fijara un plazo para su reglamentación, la hipótesis no presentaría mayores inconvenientes para el intérprete, pues agotado aquel sin que el legislador hubiera cumplido, se consumaría la omisión inconstitucional¹³⁹⁶.

Pero si la disposición constitucional no expresara lapso temporal alguno, la cuestión comenzaría a complicarse, ya que el juzgador se vería frente a la necesidad de meritar y determinar cuál sería el plazo *razonable* para que el legislador —siguiendo con el ejemplo— expidiera la reglamentación para desenvolver la normativa de la Ley fundamental y, excedido aquel, su pretermisión pudiera calificarse de inconstitucional.

En estrecha vinculación con la problemática analizada cabría formularse el siguiente interrogante que también contiene una de las posibles tachas contra la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, a las que oportunamente refiriéramos: si la Constitución no fija un plazo preciso para la emisión por el Legislativo de las normas en cuestión, ¿podría argumentarse que ello supone que aquella tolera tácitamente un arbitrio legislativo indeterminado?

Desde nuestra perspectiva, que coincide con la visión de MORÓN URBINA —a quien corresponde, *mutatis mutandis*, la autoría de la pregunta que acabamos de recrear¹³⁹⁷—, la respuesta es negativa. Entre otras circunstancias, porque lo contrario supondría admitir una preeminencia congresional sobre el poder constituyente y consentir que la aplicación de normas fundamentales y jerárquicamente supremas pudiera quedar postergada indefinidamente a causa de una omisión consciente del poder constituido, “invirtiendo subliminalmente los alcances de la pirámide jurídica”¹³⁹⁸.

De cualquier modo, cabe analizar una serie de aristas (y no sólo el elemento temporal) para detectar si existe omisión y si ésta es contraria a la Constitución. Y

1396 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á. y CENICACELAYA, María de las N., op. cit., *Derecho Constitucional argentino*, T° I, pp. 564-565.

1397 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 451.

1398 *Ibid.*, p. 452.

aun cuando pudieran identificarse *a priori* algunos elementos para orientar al juez en tales menesteres, no cabe duda de que ellas tendrán eficacia relativa, ya que es poco probable que la pretensión de describirlas en modo abstracto o teórico tenga el éxito asegurado y resulte infalible. Por el contrario, es indudable que el juez se verá precisado a ponderar los diversos factores en juego a la luz de las particularidades jurídico-fácticas que presente el asunto llevado a su conocimiento.

2. Por su parte, para cerrar este punto y a riesgo de ser redundantes, es preciso reiterar que median *gradaciones* relativas a la posible omisión inconstitucional.

Aludimos a categorías omisivas conectadas con el alcance del acto no realizado; la índole de la preterición incurrida; la posibilidad de ejercer el control por prognosis errónea del legislador o supuestos en que éste hubiera pasado por alto su deber de adaptarlos normativamente a los nuevos requerimientos constitucionales introducidos, v. gr., por una reforma a la Ley fundamental.

IV. Pensando en voz alta: potenciales soluciones jurisdiccionales que podrían dispensarse y algunos problemas que los puntos por examinar plantean

1. Anotación previa

Partiendo en principio del contexto federal y/o provincial de Argentina, según corresponda de acuerdo con las respectivas prescripciones normativas, aunque con constantes referencias al derecho comparado, a efectos ilustrativos señalaremos un arco de posibles respuestas jurisdiccionales que podrían emanar de la magistratura judicial actuante para conjurar o mitigar la inconstitucionalidad omisiva¹³⁹⁹.

Como premisa inicial, es preciso tener en cuenta que frente a una petición concreta, el juez no podría —metafóricamente hablando— *huir* a caballo de un pretextado *non liquet* (por ejemplo, ante la ausencia de norma reglamentaria de una

1399 Naturalmente, la procedencia o la inviabilidad de cada solución particular siempre dependerá de factores tales como: el modelo de control de constitucionalidad imperante; la existencia o inexistencia en el sistema jurídico en cuestión de una normativa (constitucional o legal) que específicamente permita el control sobre la inconstitucionalidad omisiva; la permeabilidad de la justicia constitucional para habilitar vías correctivas, en caso de ausencia de normatización constitucional o infraconstitucional de dicha atribución; y los niveles de densidad fiscalizadora del legislador con que usualmente la jurisdicción constitucional se maneje.

disposición constitucional) para eludir la cuestión llevada a su conocimiento. En otras palabras, por vía de principio, debe buscar *alguna* solución para resolverla.

A continuación delinearemos un esquema enunciativo de técnicas decisorias que a modo de irradiación protectora pueden operar para atenuar o reparar las omisiones, inercias o indolencias ilegales o anticonstitucionales. Advertimos que, en puridad, sólo el enfoque de estas últimas resultaría el más adecuado a los efectos de este trabajo, sin perjuicio de lo cual también parece tener algún sentido (al menos referencial) imaginar respuestas prácticas frente a pretericiones de la ley o de la normativa sublegal.

2. Falta de realización de un acto de carácter individual

A) Cuando la conducta desidiosa sólo involucre *la no realización de un acto de carácter individual* (aunque ello normalmente quede encuadrado en una hipótesis de simple omisión de cumplimiento de una ley, decreto u ordenanza), el órgano jurisdiccional podría expedir un *mandamiento de ejecución*¹⁴⁰⁰, figura que junto al *mandamiento de prohibición* es conocida en el derecho público provincial argentino.

B) De un repaso comparativo de las distintas prescripciones constitucionales locales de Argentina, surgen modelos normativos diversos que contemplan dichas modalidades mandamentales, que en el caso del de ejecución parecieran haberse inspirado en el molde del *writ of mandamus* del derecho norteamericano, cuya génesis se remonta al derecho inglés.

Ciñéndonos ahora al derecho público provincial comparado argentino, vemos que se han positivado las figuras mandamentales, por ejemplo, en las constituciones de:

- *Río Negro*, donde el de *ejecución* consta en el art. 44 y el de *prohibición* en el art. 45. Ambos se localizan en la primera parte (“Declaraciones generales. Derechos. Garantías y Responsabilidades”), sección segunda (“Derechos, Garantías y Responsabilidades”), particularmente en el capítulo IV (“Garantías procesales específicas”).
- *Chubut*, en los arts. 58 y 59, respectivamente. Estas disposiciones se emplazan en la parte primera (“Declaraciones, Derechos, Garantías, Deberes y Políticas del Estado”), título I (“Declaraciones, Derechos, Garantías y Deberes”), concretamente en la sección III (“Garantías”).
- *Entre Ríos*, también respectivamente en los arts. 58 y 59, situados en la sección I (“Declaraciones, Derechos y Garantías”).

1400 BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, T° 78, Buenos Aires, 1978, p. 789.

- *Jujuy*, que regula ambas variantes mandamentales en el art. 39: *ejecución* (párrafo 1°) y *prohibición* (párrafo 2°). Tal disposición está ubicada en la sección primera (“Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías”), específicamente en su capítulo segundo (“Derechos y Deberes Humanos”).
- *Formosa*, que sólo disciplina un tipo de mandamiento: el de *ejecución*, en el art. 33, emplazado en la primera parte, capítulo primero (“Declaraciones, Derechos y Garantías”).

C) Ya en perspectiva de derecho comparado, vemos por ejemplo que con alguna proximidad jurídica al *mandamiento de ejecución* del derecho público provincial argentino se presenta la *acción de cumplimiento* prevista por las Constituciones de:

- *Colombia*, que la consagra en el art. 87 (y ha sido objeto de reglamentación por medio de la aludida Ley N° 393 de 1997).
- Y *Perú*, que la incluye en la categoría de “garantías constitucionales” (art. 200, parte inicial) y que en su momento fue regulada por la Ley N° 26.301 (de hábeas data y acción de cumplimiento) y modificatorias, actualmente derogada en la parte respectiva por la Ley N° 28.237, que —como vimos— aprueba el Código Procesal Constitucional de ese país. En el marco de este Código, la denominación *proceso* de cumplimiento viene a suplir a la de *acción* de cumplimiento, según reza en la Constitución peruana (art. 200, inc. 6°).

Por su parte, alguna vinculación —un poco más lejana— ofrece el *mandado de injunção* brasileño (al que aludiéramos *supra*), que es una acción particular prevista para la defensa de derechos y libertades constitucionales (diversa de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, instituto al que apunta la Constitución federal en su art. 103, § 2°, y que se mueve en el campo del control abstracto de constitucionalidad).

Aquel *mandado*, contemplado en el art. 5, inc. LXXI¹⁴⁰¹, *Ibid.*, tiene por objeto la *solución de casos concretos* en los que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, generando efectos *inter partes*, aunque en ciertos casos la jurisprudencia brasileña ha abierto las compuertas para la producción de efectos generales en el contexto de lo que algunos denominan una *posición concretizadora general* del STF (máximo órgano judicial en ese país), donde su decisión produce tales consecuencias hasta tanto el órgano silente depare la reglamentación de la norma de *eficacia limitada*.

1401 Como vimos anteriormente, dicho tramo de la disposición señala: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

En dirección afín, resulta importante —al menos teóricamente— la *acción por incumplimiento* prevista en el art. 436.5 de la Constitución ecuatoriana. Al respecto, se acuerda competencia a la Corte Constitucional para conocer y resolver, a petición de parte, tal tipo de acción que busca “*garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias*”.

Dos notas importantes demarcan la superficie de operatividad de tal *acción* en el ámbito jurídico ecuatoriano en los términos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en relación con lo que aquí interesa: *i*) procederá cuando la norma, sentencia, decisión o el informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible (art. 52, párrafo 2°); y *ii*) una de las causales de inadmisión es que verse sobre *omisiones de mandatos constitucionales* (art. 56.2, *Ibid.*), lo que se explica porque —como ya fuera expuesto— la aludida ley orgánica ha positivado un mecanismo procesal constitucional autónomo para controlar la inconstitucionalidad por omisión (arts. 128 y ss.), sobre la horma diseñada por el art. 436, inc. 10, de la Constitución.

D) Líneas arriba mencionábamos la búsqueda de *tutela anticipada* o la formalización de un pedido de *medida autosatisfactiva* como instrumentos garantistas que pueden reportar utilidad en el ámbito que estudiamos. Tal vez sea en el área de la persecución de cumplimiento de un acto de carácter individual omitido donde aquellas pudieran ostentar virtualidad operativa.

Básicamente, y luego de puntualizar que por vía de diversas denominaciones ha cobrado auge lo que una línea de la doctrina denomina como cautela autónoma, otra como cautela material, y otra como autosatisfactiva, constituyendo todas expresiones de un mismo sentido, ROJAS manifiesta que se trata de la “*posibilidad de obtener de la jurisdicción un pronunciamiento urgente, pero a su vez definitivo, que excede el marco de los sistemas cautelares aunque se apoya en su estructura, para delinear el procedimiento que observan para su desarrollo, medidas a las que se les asigna, por oposición a aquéllos, carácter autónomo, en lugar del instrumental y subsidiario de las cautelares*”¹⁴⁰².

En tren de delinear los contornos de la “*medida autosatisfactiva*”, que para PEYRANO encuentra fundamentación *convencional* en los conceptos de la tutela judicial efectiva y en la garantía de que la prestación judicial correspondiente se acordará dentro

1402 Cfr. ROJAS, Jorge A., *La emergencia y el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2003, pp. 197-198.

de un plazo razonable, con ella se “procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida”. Advierte además el profesor citado en este párrafo que una situación de “urgencia pura” se presenta cuando se da un verdadero *periculum in damni* y no un simple *periculum in mora*, o sea, una “muy fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable si los estrados judiciales no hacen ya mismo lo conducente a conjurarlo”¹⁴⁰³. En síntesis, la autosatisfactiva sería una *solución urgente no cautelar*.

El mismo autor, a quien puede considerarse el impulsor de las medidas autosatisfactivas en Argentina, fue mudando su pensamiento primigenio sobre las aristas conceptuales y el alcance del instituto, aunque —como él mismo aclara— mantiene lo medular de sus inicios. Así, en los albores de sus aportaciones al respecto consideraba que la *medida autosatisfactiva* era una diligencia que ineludiblemente debía decretarse *inaudita et altera pars*, aunque después se “reconoció la posibilidad excepcional de que en ciertos supuestos [...] se arbitre una previa y comprimida sustanciación y hoy, finalmente, [se] estima que sería el órgano jurisdiccional quien, según fueren las circunstancias del caso, deba resolver fundadamente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera”¹⁴⁰⁴.

3. Ante un supuesto de omisión inconstitucional absoluta o total

A) Puntualizaciones iniciales y ciertos ejemplos para graficar algunas cuestiones que surgen de la casuística del derecho comparado

A modo de contextualización y como en algún punto de esta investigación advirtiéramos, WESSEL —a quien debemos la tan vastamente esparcida clasificación entre *omisiones absolutas y relativas*— manifestaba la imposibilidad de corregir las omisiones absolutas. Dicho en otros términos, según su criterio nada se podía hacer

1403 PEYRANO, JORGE W., “La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión”, *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, julio de 2010, La Ley, p. 76 (consultado en www.laleyonline.com.ar).

1404 PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba (Argentina), 2009, p. 15 (*loc. cit.* en nota anterior).
El texto del libro se puede leer en versión PDF desde www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/view.

ante la inactuación total del legislador. De ello se infiere que sólo propugnaba la posibilidad de cauterizar las omisiones relativas, contentivas de una regulación legal insuficiente o deficitaria.

En línea convergente a la tónica wesseliana, existen escenarios jurídicos refractarios a cualquier embate contra las omisiones absolutas. De hecho, uno de los postulados surgidos de la trayectoria jurisprudencial de la Corte Constitucional *colombiana* al respecto se ocupa de marcar tal imposibilidad y de pregonar su incompetencia para corregirlas. Sin embargo, tan enfática negativa primigenia pareciera admitir una matización: el uso del *exhorto* como forma de instar al legislador a abandonar el letargo y abastecer el encargo constitucional.

Por su parte, en el ámbito *portugués* la lectura del artículo 283 constitucional depara una cuasi absoluta fragilidad preceptiva del decisorio emanado del órgano máximo de justicia constitucional al detectar la inconstitucionalidad por omisión, ya que el inc. 2º de tal disposición determina textualmente: “*En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente*”.

En otras palabras, la actividad del Tribunal portugués se limitará a verificar que existe la omisión inconstitucional, lo que pondrá en conocimiento del órgano legislativo, el que con toda seguridad antes de que el Tribunal llegara a tal conclusión, conocía perfectamente su conducta silente. ¿Quién mejor que el órgano *omitente* para saber de su propia *preterición*?

No obstante la inocuidad que pareciera destilar la letra de la disposición constitucional, la praxis del Tribunal Constitucional luso se ha encargado de revelar que algunos de sus pronunciamientos declaratorios de la inconstitucionalidad por omisión total han tenido efectos inductores en el legislador, quien en varios casos ha procedido a desencadenar el proceso hasta la sanción de la legislación respectiva. Paralelamente, un aporte adicional a la efectividad de la sentencia lo proporciona su *publicación obligatoria* en el *Diário da República* (cfr. art. 119, 1, ‘g’, de la Constitución y art. 3, 1, ‘b’, de la Ley del Tribunal Constitucional), acto al que corresponde adjudicar un cierto *significado político y jurídico*.

Para finalizar esta sumaria reseña, el repaso del art. 103, § 2º, de la Constitución federal de *Brasil*, enfocado desde una óptica literal, tampoco deja mayor espacio para el optimismo y pareciera ocluir cualquier posibilidad de examinar las omisiones absolutas legislativas o administrativas.

Pese a ello, aparece alguna luz de esperanza en el art. 12-B de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), cuando entre los requisitos de la acción directa de

inconstitucionalidad por omisión se impone al demandante que especifique la pretermisión inconstitucional *total o parcial* del cumplimiento del deber constitucional de legislar o de adoptar la medida de naturaleza administrativa que se intenta corregir.

Empero, la euforia pareciera desvanecerse porque ambos dispositivos (constitucional y legal) convergen en un punto de cierta inocuidad: si el STF declara la inconstitucionalidad por omisión, *dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias* y, si se trata de un órgano administrativo, para que lo haga en un *lapso de treinta (30) días* o, según agrega sólo la ley en su art. 12-H y § 1°, dentro de un *plazo razonable* que será establecido con carácter excepcional por el STF teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés público involucrado.

Pero pareciera que no todo está perdido, pues la varias veces citada Ley N° 12.063, modificatoria de la Ley N° 9.868, ha traído consigo la posibilidad de que el STF dicte una medida cautelar durante el curso de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

Tres son los supuestos permitidos en el art. 12-F, § 1°, de la ley: **i)** aplicación de la ley o del acto normativo cuestionados (*aplicação da lei ou do ato normativo questionado*), en hipótesis de omisión parcial; **ii)** suspensión de los procesos judiciales o de los procedimientos administrativos (*suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos*), también para casos de omisión parcial; y **iii)** otra medida que disponga el Tribunal (*outra providência a ser fixada pelo Tribunal*).

Esta última hipótesis es suficientemente amplia para que el STF pueda emplearla en el marco de una *omisión absoluta o total* y emitir así una providencia cautelar que podría, por ejemplo, traducirse en que la falta de reglamentación legal pudiese ser cubierta provisoriamente por el contenido de una legislación análoga ya existente en el derecho positivo. La práctica jurisdiccional del tribunal conoció algún caso semejante cuando, ante la omisión legislativa de reglamentar el derecho de huelga de los funcionarios públicos, se les aplicó analógicamente la legislación de los trabajadores privados¹⁴⁰⁵.

B) Posibles respuestas

Formuladas las necesarias precisiones anteriores, si el contexto jurídico de que se trate admitiera la viabilidad correctiva de la omisión inconstitucional absoluta o total (consagrada por conducto constitucional o legal o bien desarrollada

1405 Así lo hizo al resolver los *mandados de injunção* (MM.II.) N°s 708, 670 y 712.

jurisprudencialmente), el órgano judicial en cuestión —según las respectivas particularidades de cada ámbito jurídico— podría intentar alguna/s de estas soluciones:

- *Liberación por la justicia constitucional del tránsito operativo de una disposición de un instrumento internacional sobre derechos humanos ante la inexistencia de ley reglamentaria (omisión absoluta).* Tal apelación a una norma internacional se observa claramente en el aludido caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992) de la CSJ argentina, en el que confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH que contiene el *derecho de rectificación o respuesta*, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente. También puede incluirse en este rótulo al esquema diseñado por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana en la citada causa “Productos Avon S.A.” (1999), en la que a partir del art. 25.1 de la CADH activó el “*recurso de amparo*”, de inexistente positivación hasta entonces en el escenario dominicano, fijando distintos aspectos que permitieran su utilización, por ejemplo: competencia, procedimiento y plazos.
- En el supuesto concreto de Costa Rica, solventar: *i*) una *consulta judicial de constitucionalidad*, en la que un juez pregunta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o un acto que deba aplicar, o de un acto, una conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento; o, *ii*) una *consulta legislativa de constitucionalidad*, que faculta a los diputados en número no menor a diez (10) para solicitar a dicha Sala Constitucional su opinión previa de los proyectos legislativos a efectos de corroborar que no infringen la Constitución, consulta que entre otras autoridades o poderes del Estado, también puede ser articulada por la Defensoría de los Habitantes si entendiera que un proyecto de ley es violatorio de derechos o libertades fundamentales. Las respuestas a ambos tipos de consultas (que se dan en el ámbito constitucional de Costa Rica) son instrumentos útiles para *corregir o prevenir* (según el caso) *pretermisiones inconstitucionales absolutas*.
- Dictar una *sentencia exhortativa* para estimular la emisión del acto legislativo de desarrollo del mandato constitucional. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano cuenta con un nutrido bagaje de experiencia. Aquella tipología de decisiones también ha sido empleada en casos puntuales (aunque de relevancia pública) por la CSJ argentina, por ejemplo, en los dos pronunciamientos recaídos en “Badaro”, donde se conjugan la declaración de inconstitucionalidad por omisión y las exhortaciones al legislador y al Poder Ejecutivo. En el primero de los fallos se detectó la preterición legislativa en la activación de la *movilidad de los haberes previsionales*, exhortándose en tal sentido a aquellos poderes del Estado para que actúen en consecuencia; y luego, ante la falta de respuesta de

estos en un plazo razonable, la Corte dictó *per se* un mecanismo actualizadorio útil para el caso concreto del peticionante, pero que en realidad exuda una valencia exógena de utilidad para otros casos.

- *Declarar la omisión inconstitucional absoluta e intimar* al órgano renuente a emitir la reglamentación *dentro del plazo* que le marque, *fijando o no un apercibimiento* para el caso de incumplimiento. Complementariamente podría concederse una *medida cautelar*, hasta tanto la autoridad silente cumpla con la imposición fijada en el requerimiento que al efecto se le formule. *Mutatis mutandis*, tal práctica precautoria se ha verificado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, siendo concedida hasta que el legislador satisfaga el mandato constitucional desatendido.
- Si la exhortación, el requerimiento, etcétera, no hubiesen surtido efecto, el órgano jurisdiccional podría dictar *per se* las *bases de una normativa de desarrollo constitucional*, con efecto limitado al caso concreto y condicionándola resolutoriamente a la emisión de la norma general por el legislador, pues cuando ésta se sancione, caería indefectiblemente la normatización supletoria o provisional. La praxis venezolana muestra ejemplos en este sentido, también algunos desbordes y excesos, de parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; asimismo, un comportamiento similar, aunque razonable, se observó en la CSJ argentina en el caso “Halabi”, regulando interinamente las “acciones de clase”.
- En el supuesto al que se refiere el subapartado anterior, y en el proceso de generación de una solución transitoria para la causa específica de que se trate, el juez deberá garantizar al menos la subsistencia del contenido esencial o mínimo, del núcleo inderogable (o denominaciones equivalentes) del derecho establecido en la Constitución y no desenvuelto normativamente. Al efecto, no debería perder de vista que, como en paráfrasis de ARAGÓN REYES afirma gráficamente PRIETO SANCHÍS, *la cláusula del contenido esencial no se trata ya de un concepto indeterminado sino más bien de un concepto impredecible*¹⁴⁰⁶, sin perjuicio de lo

1406 PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, enero-junio de 2000, N° 8, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, p. 439.

La alusión que PRIETO SANCHÍS formula a ARAGÓN se centra específicamente en la siguiente obra de éste: *Democracia y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 91; aunque aquel aclara que ARAGÓN utiliza la apreciación volcada en el texto para referirse a los principios y valores constitucionales.

PRIETO SANCHÍS fundamenta su aseveración (en cuanto a que la cláusula del contenido esencial no es ya un concepto indeterminado sino más bien un concepto impredecible) en que “parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de

cual, la judicatura tendría que hacer un uso prudente de la idea del contenido esencial, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente¹⁴⁰⁷.

- Si las anteriores vías u opciones no pudiesen ser desplegadas (por prohibición del ordenamiento normativo, imposibilidad jurídica y/o material, etcétera), el derecho comparado ofrece incluso alguna aislada alternativa de imposición de una *indemnización de daños y perjuicios*. Tal solución nos parece problemática, aunque es la prefigurada para ser aplicada en última instancia por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, según lo prescrito en el art. 207, inc. 2º, ap. 'd', de la Constitución de tal provincia argentina.
- Y conectada en algún punto con esta faceta indemnizatoria, una vertiente que puede explorarse es aquella que liga la *responsabilidad del Estado y la inconstitucionalidad por omisión*. Trataremos de graficar el tema con un ejemplo lamentablemente real sucedido en Portugal, que costó la vida de un niño de nueve (9) años por asfixia por inmersión en un parque acuático. El fallo fue dictado por el “Tribunal da Relação” de Lisboa el 7 de mayo de 2002, determinando que el Estado debía responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por particulares, eventualmente emergentes del hecho de la *falta de emisión de una legislación específica* en el caso, destinada a regular las condiciones de funcionamiento de los parques acuáticos. Se consideró que tal responsabilidad surgía de la *omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa*, preterición violatoria del art. 22 de la Constitución, que podía ser directamente invocado por los particulares frente a la *pretermisión del legislador*. Dicha disposición estipula la responsabilidad civil del Estado y los demás entes públicos por las acciones u *omisiones* practicadas en el ejercicio de sus funciones, de las que resultare violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio a terceros.

Obviamente, la secuencia de las distintas posibilidades para remediar la cuestión puntual que se plantee no está encadenada a un esquema absolutamente lineal o rígido, sino que, en el caso de un Estado enrolado en el modelo de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso —como el argentino—, dependerá de diferentes factores.

esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión. No es preciso comulgar con ningún realismo judicialista para comprender que de este modo el Tribunal Constitucional encuentra a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales” (*Ibid.*, p. 439).

1407 Cfr., *mutatis mutandis*, PRIETO SANCHÍS, Luis, op. cit. nota anterior, p. 440.

Por ejemplo, las peculiaridades del caso concreto; la prudencia con que el órgano sentenciante deba conducirse para resguardar en general el equilibrio de los poderes del Estado y en particular el debido respeto por la libertad configurativa del legislador; el nivel jerárquico del tribunal actuante y la decisión estratégica de éste acerca de hasta dónde está dispuesto a avanzar (legítimamente) con su pronunciamiento.

C) Omisiones absolutas y la búsqueda de fórmulas dialógicas entre el órgano jurisdiccional competente y el legislador

a) Ciertamente, la situación institucional que se genera ante la existencia de una omisión inconstitucional absoluta o total que intente ser remediada desde la justicia constitucional es jurídica y políticamente compleja y delicada.

De cualquier modo, el órgano jurisdiccional debe plantear la cuestión en términos de diálogo y colaboración con el Congreso o Parlamento, y no en una lógica de confrontación o de puja de poder.

Es útil evocar la opinión de NINO, para quien la “independencia” judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad¹⁴⁰⁸.

Añade que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, *se facilitaría si se admitieran remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones*¹⁴⁰⁹.

Ésta u otras fórmulas similares parecieran ser alternativas inteligentes y provechosas para procurar resolver mancomunadamente la situación anticonstitucional que se genera a partir de las omisiones legislativas absolutas.

b) Un intento interesante pero de difícil configuración efectiva es el que en su hora formuló BARROSO. En realidad, se trata de un mecanismo que éste sugirió a través de un estudio que precedió a la elaboración del Proyecto de la Comisión de Sistematización que luego cristalizara en el texto constitucional brasileño de 1988, aunque la fórmula propuesta no prosperó¹⁴¹⁰.

1408 NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

1409 Ídem.

1410 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 174 y ss.

Entre otras iniciativas tendientes al tratamiento de las omisiones legislativas¹⁴¹¹, planteaba la fijación de un plazo para la discusión y la votación de los proyectos que tuvieran por objeto integrar los mandatos constitucionales cuyos efectos estuvieran paralizados por la falta de reglamentación. Al término de ese plazo, el proyecto sería incluido en el orden del día, obligatoriamente, durante un determinado número de sesiones, al cabo de las cuales si no hubiese sido analizado, ningún otro proyecto podría ser votado antes de que se deliberase respecto de aquel¹⁴¹².

El citado doctrinario sostiene que el texto constitucional finalmente aprobado no acogió ninguno de los dispositivos que sugirió, dejándose escapar la chance efectiva de superar, sin interferencia más grave entre los poderes, la problemática cuestión de la inconstitucionalidad por omisión del legislador. Advierte, sin embargo, que naturalmente debería haberse previsto en forma complementaria un mecanismo que neutralizase el puro y simple rechazo de cualquier proyecto que fuera presentado, porque en esta hipótesis la cuestión volvería a fojas cero¹⁴¹³.

D) Algunas cuestiones conflictivas que envuelven a la posible declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta

Ahora apuntaremos directamente a algunos núcleos temáticos polémicos que se derivan de una discusión profunda que involucre la posibilidad de declarar la anticonstitucionalidad por pretermisión legislativa absoluta.

En primer lugar, afrontaremos el tema de si, en abstracto, sería jurídicamente sustentable determinar la inconstitucionalidad por omisión absoluta aun cuando en sede parlamentaria existieran proyectos legislativos sobre la materia establecida constitucionalmente y denunciada como no desarrollada.

Luego plantearemos si en una causa judicial en la que se persiguiera la declaración de preterición inconstitucional absoluta podría o no surgir un déficit de la garantía del debido proceso si antes de dictar sentencia el órgano legislativo no fuese oído.

Seguidamente, nos preguntaremos si es posible que un grupo de legisladores tuviera legitimación activa para efectuar un planteo de inconstitucionalidad por pretermisión absoluta contra el propio órgano legisferante que integra.

1411 Además de la analizada en el texto, BARROSO proponía las siguientes: *a)* Cuando la iniciativa de la ley dependiera del Ejecutivo, su inercia en dirigir el mensaje en el plazo que se le fijara, transferiría la competencia a cualquier parlamentario para disparar el proceso legislativo; y *b)* la ampliación de la legitimación para la iniciativa del proceso de elaboración legislativa, extendiéndola a los poderes estatales y a los ciudadanos, directamente, a través de los mecanismos que se regularan al respecto (*Ibid.*, p. 175).

1412 *Ibid.*, p. 176.

1413 *Id.* p. y nota 109.

Por último, exploraremos el controversial tópico que ha discutido la doctrina comparada en torno a si la pretermisión legislativa total puede generar que tal función no ejercida por el cuerpo legislativo en cuestión, que dicha preterición supone, *fuera transferida de pleno derecho a otro organismo*.

a) Primera cuestión

a.1.) Nos acercaremos aquí a la compleja cuestión que se ocasionaría al tratar de establecer si es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta en el caso de que, aun cuando no se hubiese dictado la norma legal pertinente de acuerdo con el mandato constitucional, existiese en el ámbito parlamentario uno o más proyectos de ley para regular la cuestión.

Al efecto, inicialmente comentaremos algunos precedentes jurisprudenciales de los respectivos órganos de cúspide de la justicia constitucional, cuyas soluciones fueron disímiles en tanto desemejantes resultaban también los ordenamientos jurídicos en que se desarrollaron.

Posteriormente, especularemos sobre un eventual supuesto que se configurara al respecto en el marco federal argentino.

a.2) Uno de los casos fue resuelto por el Tribunal Constitucional de Portugal en la aludida Sentencia N° 36/1990, de 14 de febrero, en la que analizó la cuestión relativa a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local¹⁴¹⁴, consagradas en el artículo 241.3 constitucional, que defería en una ley futura la reglamentación de tales consultas. Dicha ley debía determinar los supuestos, términos y efectos de las mismas.

Si bien al tiempo de dictar sentencia el Tribunal comprobó que la ley requerida aún no había sido dictada, se basó en la existencia de tres (3) proyectos de ley al respecto que habían tenido seguimiento, con lo cual —y apoyado en la opinión del constitucionalista Jorge MIRANDA en la 2ª edición de uno de sus libros, quien ya en la 3ª edición del mismo cambió de parecer— el Tribunal entendió que no había mediado omisión por parte del legislador.

Una posición distinta podría inferirse del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, el que si bien en una hipótesis con ribetes diversos del examinado por el Tribunal luso, en la nombrada Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003, afirmó que “la omisión [en el caso, de la Asamblea Nacional] consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad

1414 *Diário da República*, 2ª Série, N° 152, de 4 de julio de 1990.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 9 de enero de 1989, dando origen al Proceso N° 6/89.

ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, para que proceda, *basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*¹⁴¹⁵.

Por último, es dable retener que el STF del Brasil admite la posibilidad de deducir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión ante la *inertia deliberandi* (discusión y votación de un proyecto de ley). Así en la ADIn N° 3.682, Rel. Gilmar Mendes, de 9 de mayo de 2007, acogió estimatoriamente la acción deducida por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso contra el Congreso nacional, ante la mora en la elaboración de la ley complementaria federal a la que alude el art. 18, § 4°, de la Constitución federal. Reputó configurada *la omisión inconstitucional puesto que el órgano legislativo no había procedido a deliberar, dentro de un plazo razonable, el proyecto de ley en trámite*.

a.3) Explicado el polémico punto que concita aquí nuestra atención y tres casos que muestra la jurisprudencia comparada resueltos divergentemente entre sí, arriesgaremos algunas apreciaciones especulativas sobre un eventual supuesto análogo que se corporizara en el orden federal argentino, y luego rememoraremos un asunto ya esbozado anteriormente que tramitara ante la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

a.3.1.) Respecto de la primera cuestión, si no existiera proyecto legislativo alguno con estado parlamentario, y verificadas que fueran las restantes pautas para la detección de la *omisión legislativa inconstitucional*, procedería que el órgano jurisdiccional la declarase y determinara los pasos subsiguientes para remediarla.

Si contrariamente existieran proyectos con estado parlamentario, en puridad también se verificaría la *omisión legislativa* pues no habría producto normativo vigente alguno para cumplimentar el mandato constitucional.

Sin embargo, en esta hipótesis podría modularse la solución por adoptar: por ejemplo, sin perjuicio de dejar asentado en el pronunciamiento que aún no existe la ley impuesta por la Constitución, debería consignarse que se encuentran en curso de discusión proposiciones legislativas encaminadas a regular la materia. Además, podría fijarse un plazo para la discusión y la votación de los proyectos en danza y la aprobación del texto legal definitivo, bajo apercibimiento de declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta y dictar una solución que cubra provisoriamente el caso concreto llevado a su conocimiento en el supuesto de que el órgano legisferante incumpliera dentro del parámetro temporal impuesto judicialmente.

1415 Cfr. ap. IV de las “Consideraciones para decidir”.

a.3.2.) En cuanto al segundo punto anticipado, un marco situacional análogo a la cuestión abordada precedentemente se configuró en el nombrado caso “García Elorrio c/ GCBA”, resuelto por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 de la CABA, el 15 de noviembre de 2002.

En dicho pronunciamiento se resolvieron dos acciones de amparo (acumuladas) deducidas contra el Gobierno y la Legislatura de la CABA, ante la *omisión* en que habrían incurrido al no proyectar, sancionar y promulgar la ley de creación de comunas prevista en los arts. 127 y ss. y en la cláusula transitoria 17^a de la Constitución de la Ciudad¹⁴¹⁶.

Por medio de un análisis metódico y fundamentado de la cuestión, el magistrado actuante *declaró la omisión inconstitucional*, hizo lugar parcialmente a las acciones de amparo promovidas y ordenó a la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana de la Legislatura de la CABA que emitiera despacho sobre alguno cualquiera de los proyectos de ley que eventualmente estuvieran en consideración sobre el particular, se pusiera el proyecto a debate y decisión del pleno de la Legislatura, en la forma y los plazos previstos por las normas aplicables del Reglamento Interno del Cuerpo, bajo el apercibimiento detallado en el fallo.

Éste fue luego dejado parcialmente sin efecto por la mayoría de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala 1^a, el 19 de mayo de 2003, órgano que finalmente ordenó al Poder Legislativo que sancionara la ley prevista por el art. 127 de la Constitución de la CABA, durante el período legislativo entonces en curso.

b) Segunda cuestión

Otro problema digno de, al menos, una breve aproximación consiste en plantearse cómo se manifestarían las garantías fundamentales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso en los procedimientos dirigidos a subsanar la inconstitucionalidad por omisión absoluta.

1416 El artículo 127 constitucional dispone que una ley emanada de la Legislatura establecería la organización y la competencia de las comunas, que la norma define como “unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial”, con atribuciones propias y concurrentes con el Gobierno de la Ciudad en materia de planificación, ejecución y control en distintas áreas. De su lado, la cláusula transitoria 17^a reza: “La primera elección de los miembros del órgano establecido en el artículo 130 tendrá lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor de cinco años, contados desde la sanción de esta Constitución. Hasta entonces el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires adoptará medidas que faciliten la participación social y comunitaria en el proceso de descentralización. A partir de la sanción de la ley prevista en el artículo 127, las medidas que adopte el Poder Ejecutivo deberán adecuarse necesariamente a la misma”.

En términos generales y con una visión amplia de las *garantías constitucionales y convencionales* del debido proceso y la tutela judicial efectiva, y como actitud de deferencia hacia la autoridad democrática del Poder Legislativo, podría establecerse una instancia en la que el cuerpo aparentemente renuente (por intermedio de la persona u órgano que institucionalmente estuvieran habilitados para representarlo en sede jurisdiccional) pudiera, por ejemplo, rechazar fundadamente la situación de mora inconstitucional que se le endilga, manifestar si existen o han existido proyectos sobre el tema en cuestión, indicar si el asunto ha sido debatido y/o si está “en agenda” para su próximo tratamiento.

Ello podría incluso redundar en que el juez constitucional contara con información más amplia y estuviera en mejores condiciones jurídicas de resolver el planteo y dirigir las eventuales medidas para construir con el órgano legisferante las posibles soluciones para superar la omisión absoluta verificada.

Quizá en semejante escenario pudiera ser útil la intervención de *amici curiae*, aportando datos, insumos analíticos y/o fundamentos que tanto pueden enriquecer al órgano de justicia constitucional como al propio cuerpo legisferante.

La figura en cuestión recepta utilidad como vehículo para coadyuvar al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social, al poner en escena argumentos públicamente ponderados, colaborar en la tarea de dilucidación de cuestiones controversiales y aportar al fortalecimiento y la democratización del debate judicial y la mayor transparencia de los pronunciamientos judiciales.

c) Tercera cuestión

¿Sería irrazonable especular que una determinada cantidad de legisladores estuvieran activamente habilitados para deducir una acción de inconstitucionalidad por omisión absoluta contra el propio órgano legisferante que conforman?

El interrogante no es precisamente de sencilla resolución, aunque debe concederse que tampoco es meramente teórico.

De hecho, por ejemplo, la Constitución del Estado de Chiapas (México) establece que —entre otros medios de control constitucional— el Tribunal Constitucional local conocerá y resolverá las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto una ley o un decreto y que dicha pretermisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución de esa entidad federativa (ver su art. 64, parte inicial de la fracción III).

Y justamente el ap. ‘b’ de tal fracción incluye como uno de los legitimados para deducir la acción, cuando menos a la *tercera parte de los miembros del Congreso del Estado*.

El tramo final de la citada fracción dispone que la resolución que emita el Tribunal Constitucional que decreta la existencia de preterición legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial*; en dicha resolución se determinará como plazo un período ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Añade que, tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución federal o de la Constitución local, si el Congreso del Estado no lo hiciera en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.

d) Cuarta cuestión

d.1) Un interesante problema se plantea a partir del intento doctrinario por sistematizar las probables alternativas de solución frente a la omisión como forma de violación constitucional, de resultas de lo cual algunos autores incluyen en tal catálogo a la posibilidad de que la *función no ejercida sea transferida de pleno derecho a otro organismo*.

Incluso, SÁCHICA —uno de los doctrinarios a los que nos referíamos— ha llegado a afirmar que “en buena lógica, la técnica más adecuada para suplir la inercia o falla de los órganos es la que aplica la Constitución cuando traslada a otro órgano la competencia no ejercida”¹⁴¹⁷.

En el derecho constitucional positivo tal alternativa se corporiza, v. gr., en la actual Carta magna peruana, cuyo art. 108 autoriza al Presidente del Congreso y, en su defecto, al de la Comisión Permanente para dar sanción a los proyectos de ley no aprobados en su oportunidad por el Presidente de la República; o cuando su art. 80 atribuye competencia al Poder Ejecutivo para promulgar la norma anual de presupuesto no votada por el Congreso dentro del término previsto.

También, se observan prescripciones de análogo tenor en la Constitución colombiana de 1991, donde diversos artículos transitorios establecieron que el Gobierno presentaría ante el Congreso de la República proyectos de ley relativos a varias cuestiones, los que de no ser aprobados por éste dentro del plazo constitucionalmente estipulado, el Presidente de la República pondría en vigencia mediante decretos con fuerza de ley.

En el ámbito colombiano, la temática así diagramada es verdaderamente multifacética, abarcando los siguientes asuntos:

1417 SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad, sus mecanismos*, Serie Monografías Jurídicas, N° 9, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988, p. 152, mencionado por MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 453.

- Según el artículo transitorio 21, dentro del año siguiente a su instalación, el Congreso debía emitir las normas legales que desarrollaran los principios consignados en el art. 125 de la Constitución¹⁴¹⁸ (relativos a los empleos en los órganos y entidades del Estado). De no hacerlo, el Presidente quedaba facultado para expedirlas en un término de tres (3) meses.
- Si durante los dos (2) años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, el Congreso no dictaba la ley a que se refieren los artículos 322¹⁴¹⁹, 323¹⁴²⁰ y 324 constitucionales, que pautan distintas cuestiones organizativas referidas al régimen especial para el Distrito Capital (Bogotá), el Gobierno —por una sola vez— expediría las normas correspondientes (cfr. artículo 41 transitorio).
- Dentro de los tres (3) meses siguientes a la instalación del Congreso, el Gobierno debía presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos; la fijación de competencias y criterios generales que regirían la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; el régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestaran los servicios, así como los relativos a la protección, los deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Si al término de las dos (2) siguientes legislaturas no se expedieran las leyes correspondientes, el Presidente los pondría en vigencia por medio de decretos con fuerza de ley (cfr. artículo 48 transitorio).

1418 La nombrada disposición, que fue modificada por Acto Legislativo N° 1/2003 por el cual se incluyó el párrafo 6°, establece:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

“El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

“El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

“En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

“Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”.

1419 Cuyo inc. 1° fue modificado por el art. 1 del Acto Legislativo N° 1/2000.

1420 Tal artículo fue variado por el art. 5 del Acto Legislativo N° 2/2002.

Su primer inciso fue reformado por el art. 1 del Acto Legislativo 3/2007, en vigor a partir de las elecciones de ese año 2007.

- En la primera legislatura posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, el Gobierno presentaría al Congreso los proyectos de ley relativos a actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualesquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público; si al término de las dos (2) legislaturas ordinarias siguientes no hubiesen sido expedidos por el Legislativo, el Presidente los pondría en vigencia mediante decretos con fuerza de ley (artículo 49 transitorio).
- El Gobierno presentaría al Congreso, al mes siguiente de su instalación, el proyecto de ley relativo al ejercicio de las funciones del Banco de la República y normas con sujeción a las cuales el Gobierno expediría sus estatutos de conformidad con el art. 372¹⁴²¹ de la Constitución. Si cumplido un (1) año de la presentación de este proyecto no se hubiera emitido la ley correspondiente, el Presidente de la República lo pondría en vigencia mediante decreto con fuerza de ley (artículo 51 transitorio).
- Dentro de los dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, el Congreso debía expedir, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno crearía al efecto, el reconocimiento a las comunidades negras que venían ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habría de demarcar la misma ley, y establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social (artículo 55 transitorio). Todo ello podría aplicarse a otras zonas del país que presentaran similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la aludida comisión especial (id. art., párrafo 1°). El párrafo 2° de dicha norma estipula que si al vencimiento del término

1421 Dicho artículo establece: “La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación.
“El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.
“El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley”.

señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procedería a hacerlo dentro de los seis (6) meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

Como puede comprobarse, las variantes normativas que regulan supuestos que permiten la traslación hacia otro órgano de las funciones encomendadas constitucionalmente al ente naturalmente investido de tales competencias si éste no las cumpliera en tiempo y forma, no dejan de ser polémicas, sobre todo cuando se trata de la subrogación del órgano legislativo por un ente sucedáneo que puede emitir normas de naturaleza legislativa con carácter general.

Es que, como advierte MORÓN URBINA, si bien tal recurso parece ser lo más directo, efectivo y expeditivo, merece analizarse su conveniencia considerando que tal transferencia de funciones legislativas priva al público de la etapa de debate y contraposición de ideas, al tiempo de otorgar rango de ley a actos públicos que, en esencia, no lo son¹⁴²².

Por último, respecto de Brasil, ROTHENBURG expresa que la Constitución programática resulta vulnerada con frecuencia por la omisión en implementar sus directrices, lo que desafía a la búsqueda de soluciones alternativas, por ejemplo, “desinvertir” total o parcialmente a los sujetos originariamente encargados de realizar los mandatos constitucionales, atribuyendo competencias a otros que estuvieran mejor dispuestos para desempeñarlas¹⁴²³.

Sin embargo, advierte que este cambio de titularidad como sanción ante la inoperancia de activar las órdenes constitucionales debe ser aceptado sólo como *alternativa extrema y excepcional*, cuando otros modos menos drásticos de control del cumplimiento de la Constitución hubiesen fracasado y se revelase adecuado llevar las posibilidades de solución jurídica a tales consecuencias, de manera que ya no importara tanto quién lo haga, sino que finalmente el ideal constitucional sea realizado¹⁴²⁴.

d.2) De cualquier modo, una previsión de magnitud similar a las evocadas se dio en el marco del derecho público provincial argentino en la Constitución de Tucumán, aunque quedó atrapada (y atascada) meramente en el plano normológico, como anticipáramos. En su art. 134, inc. 2º, aquella diseñó una acción de inconstitucionalidad

1422 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 453.

1423 ROTHENBURG, Walter Claudius, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, Edit. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 209.

1424 *Ibid.*, p. 210.

por omisión *sui generis* articulable ante el —nunca establecido— Tribunal Constitucional, por el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo o un departamento ejecutivo contra el Concejo deliberante municipal, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. Ante tal situación, se preveía que el Tribunal —luego de apreciar las circunstancias del caso— fijara un plazo para que se expidieran, *vencido el cual sin que ello se hubiese producido, podría autorizar al accionante a la directa promulgación, total o parcial, de la cláusula de que se tratare*. Es preciso recordar, como se anticipó en otra parcela de este ensayo, que ese Tribunal Constitucional nunca fue implementado y, por ende, tal extravagante hipótesis de control de la inconstitucionalidad omisiva (hoy derogada) jamás tuvo aplicación.

Sea como fuera, en el ámbito federal argentino una modalidad de traslación de funciones no resultaría fácilmente sustentable.

En primer lugar, por cuanto no existe disposición expresa que haga viable una transferencia funcional de semejante magnitud que opere como resultado de una imposición legisferante al Congreso.

En segundo lugar, pues al menos desde el ángulo normativo, la interpretación de ciertas normas de la Ley fundamental no dejaría espacio para legitimar semejante alternativa. Nos referimos al resultado hermenéutico que arroja la interacción de sus arts. 76 y 82, de la que surge que, por un lado, el primero “prohíbe” la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo los casos allí explícitamente autorizados respecto de los cuales siempre la facultad de acudir a tal sorteo delegativo es retenida por el Congreso¹⁴²⁵; y, por otro, la última de las cláusulas nombradas prescribe que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse *expresamente, excluyendo en todos los casos la sanción tácita o ficta*.

4. Ante una hipótesis de omisión inconstitucional relativa o parcial

Ésta es la tipología de omisiones que ha sido más abundantemente trabajada por la doctrina y abordada por la jurisprudencia, con lo cual son muy variadas las posibles respuestas para corregirlas.

Brevemente expuestas, pues ya hemos realizado nutridas alusiones al tema durante el curso de este trabajo, son copiosas las opciones con que el órgano jurisdiccional cuenta para intentar superarlas.

1425 En efecto, el primer párrafo de dicho art. 76 dispone: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

Así, podría acudir a sentencias *bilaterales* o *multilaterales*, si involucra en la solución del tema al Congreso o Parlamento y/o al Poder Ejecutivo (e incluso al juez ordinario en casos como Italia, donde existe una división entre la Corte Constitucional —como gran juez constitucional— y los jueces ordinarios); o *unilaterales*, si es el propio órgano de justicia constitucional quien corrige *per se* y directamente la situación anticonstitucional derivada de la existencia de la pretermisión legislativa relativa.

Antes de entrar en el nutrido catálogo de posibles respuestas, vale consignar que tanto la *consulta judicial de constitucionalidad* como la *consulta legislativa de constitucionalidad* que puede evacuar la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica son instrumentos útiles en ese ámbito constitucional para prevenir o salvar posibles omisiones inconstitucionales relativas (también lo son respecto de las absolutas, como dejáramos consignado *supra*).

Efectuada la intercalación explicativa precedente, algunas posibilidades de solución podrían ser las que se nombrarán a continuación (las cuatro —4— primeras opciones son pronunciamientos *bilaterales*; mientras que la quinta —y última— es una sentencia *unilateral*):

1. Formular *recomendaciones al legislador* para que adecue la normativa cuestionada.
2. Emitir una sentencia *exhortativa* o una *apelativa* al cuerpo legislativo (existen ordenamientos jurídicos que consideran que ambas conforman una única y misma categoría, mientras que en otros sitios son consideradas como dos especies diversas).
3. Pronunciar una resolución de *mera inconstitucionalidad sin nulidad*, fijando un plazo para que el legislador subsane la omisión relativa, bajo apercibimiento —en caso de incumplimiento— de hacerlo directamente el propio ente judicial.
4. Dejar una sentencia *aditiva de principio*, la que no genera una solución *unilateral* del órgano de justicia constitucional pues carece de operatividad jurídica inmediata, proponiéndose una especie de reenvío al legislador. Aquel *no produce una regla inmediatamente actuante y aplicable*, sino que moldea un *principio general* que debe ejecutarse a través de la intervención del *legislador*, pese a que el *juez ordinario* puede —dentro de ciertos límites— hacer referencia, en la decisión de casos concretos, al principio sentado por el órgano máximo de justicia constitucional (ver el caso italiano).
5. Dictar una *sentencia interpretativa*, de perfil “manipulativo”, particularmente en su subcategoría de *sentencia aditiva pura o clásica o con efectos aditivos*. Se declara inconstitucional una disposición *por aquello que no prevé o no dispone* y, para nivelar la desapareja norma infraconstitucional que ha violentado el

principio de igualdad (puede también tratarse de una violación al debido proceso, etcétera) al excluir arbitrariamente a algunos de lo que acuerda a otros en paridad de circunstancias, precisamente *hace extensivo el contenido preceptivo de la disposición al grupo ilegítimamente excluido o discriminado*. La experiencia de la Corte Constitucional italiana es rica en la materia, aunque también lo son, v. gr., las del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Constitucional colombiana.

5. Prognosis errónea del legislador y otras cuestiones conexas. El “deber de adecuación”

A) En un supuesto de prognosis desacertada del legislador, el juez podría detectar la situación inconstitucional producida a partir del incumplimiento por parte de aquel de su deber de adaptar, actualizar o perfeccionar la norma existente desfasada.

En puridad, no se configurarían ni una omisión absoluta ni una relativa *stricto sensu*, tal como hemos conceptualizado aquí a tales modalidades “clásicas” de pretermisión anticonstitucional.

Un caso como el descrito habilitaría a declarar la inconstitucionalidad del dispositivo legal existente y exhortar al legislador a *aggiornar* la normativa desactualizada para reacomodarla a los estándares que compatibilicen con la Constitución y la interpretación que de ella hubiera realizado el órgano máximo de justicia constitucional.

Tal vez una solución jurisdiccional cercana a cuanto aquí predicamos fue diseñada por la Corte Suprema argentina en el citado caso “Mignone” (2002), en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional y exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a sancionar los lineamientos normativos de rigor y acondicionar la infraestructura correspondiente para dar cumplimiento, en el plazo que les fijó, al derecho fundamental cuyo ejercicio había quedado bloqueado por la regla devenida anticonstitucional. El Tribunal fustigaba, así, el incumplimiento del “deber de adecuación” normativa en cabeza del legislador.

Vale reiterar que el problema que examinamos ha sido abordado doctrinariamente en Alemania y Austria, *inter alia*, e incluso corregido por fallos de los respectivos tribunales constitucionales de esos países.

Sólo por citar ilustrativamente un caso, el alemán, se comprueba que el *BVerfG* ha concebido justamente el nombrado “deber general de adecuación” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) como fundamento del deber constitucional de legislar,

estándar que se torna más extenso e intenso en cuanto a la obligación de actuar de maneras protectoria y constructiva en el campo de los derechos fundamentales¹⁴²⁶.

Ello se observa nítidamente en la paradigmática (y varias veces nombrada) sentencia de 29 de enero de 1969, en relación con el art. 6.5 de la GG. (de 1949) y la premisa taxativa de equiparación de las condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social entre hijos ilegítimos y legítimos. Sucedió que habían transcurrido veinte (20) años sin que el legislador cristalizara positivamente semejante *igualdad*, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que la normativa constitucional era directamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias, salvando así la injusta e inconstitucional *omisión* del legislador, además de ordenar a éste que en el curso de la legislatura entonces en curso (1969) dictara la legislación ordenada en el aludido artículo constitucional.

B) Una situación interesante se configuraría, por ejemplo, en el supuesto de que el legislador no procediera a ajustar normas infraconstitucionales preexistentes a una reforma constitucional que hubiera consagrado nuevos parámetros jurídicos y axiológicos a los que aquellas debieran adaptarse.

Emplazándonos en el caso de Argentina, es posible tomar en consideración la situación de determinadas cláusulas legales previas a la reforma constitucional de 1994 que quedaron desfasadas o sobrevivieron total o parcialmente inconstitucionales por imperio de la mutación de ciertos paradigmas jurídicos al influjo de aquella renovación de la *Lex Legum*.

Es lo que acaeció con la adjudicación de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, al encaramarse como parámetro de convencionalidad junto al plafón de constitucionalidad del texto y el espíritu de la Constitución, provocó que algunas normas subconstitucionales (v. gr., del Código Civil) quedaran desnaturalizadas o devinieran insuficientes frente el nuevo escenario jurídico.

Si en la etapa previa a dicha modificación podían tales cláusulas ser consideradas *constitucionales*, ¿podría acusarse al legislador de haber incurrido en una hipótesis de *prognosis errónea*? Pareciera que no. Tampoco podría aquel quedar incurso en un supuesto de *omisión inconstitucional relativa o parcial*, pues —como decíamos— la cláusula de nuestro ejemplo existió y era *constitucional*.

Entonces, ¿habría conducta censurable imputable al órgano legisferante? En su caso, ¿en qué consistiría ésta y cuál sería la posible solución por dispensar judicialmente?

1426 Ver, *mutatis mutandis*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, p. 55.

Si por ejemplo, y a causa de la reforma, el precepto se convirtió en parcialmente inconstitucional y el legislador *se hubiese desentendido* de su complementación o adaptación a los nuevos designios constitucionales, ésa sería justamente la actitud —*omisiva*— reprochable, lo que así podría determinar el órgano judicial, por ejemplo, intimándolo a que produzca la pertinente actualización de la regla, o bien modelando *per se* y para el caso concreto la solución que estimara adecuada. Lo reprochable aquí sería el incumplimiento por el legislador del deber de adaptar o actualizar la normativa preexistente.

Con algún punto de contacto con lo que venimos exponiendo, puede traerse a colación la situación del art. 259 del Código Civil argentino que, al no incluir a la madre del niño en la nómina de legitimados activos para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, habría quedado desfasado frente a la preceptiva constitucional introducida por la reforma de 1994 y la nueva trama jurídico-axiológica edificada a partir de la dotación de alcurnia constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la CETFDM y la CDN)¹⁴²⁷.

Tal situación desnuda la insuficiencia normativa de la citada disposición del ordenamiento civil (frente a la exigencia de un tratamiento igualitario entre hombre y mujer y la trascendente obligación de garantizar una consideración primordial en favor del interés superior del menor) y, por ende, su incompatibilidad con el cuerpo y el espíritu de la Constitución, ante la pretermisión en que habría caído el legislador de adecuarla a los actuales lineamientos constitucionales y, así, atribuir legitimación también a la madre.

En una hipótesis de semejante índole, otra alternativa que podría manejar el órgano juzgador sería emitir una sentencia interpretativa con efectos *aditivos*, manteniendo la nómina de legitimados que se considera superan el test de constitucionalidad y extendiendo su previsión a otra u otras personas que razonablemente deberían estar comprendidas en la misma *vis-à-vis* los nuevos lineamientos y valores introducidos por la modificación constitucional.

Ya fuera del escenario argentino, para culminar este capítulo y dar paso al esquema de conclusiones que cerrará la obra, puede observarse por ejemplo que en Hungría se consideró como un *supuesto especial de omisión inconstitucional* el incumplimiento por el Parlamento de la modificación de una ley que ha devenido inconstitucional a causa de una reforma constitucional. Al respecto, en otro tramo de

1427 Incluso hubo al respecto una sentencia discutible de la Corte Suprema de Justicia recaída *in re* “D. de P. V., A. v. O., C. H.”, de 1 de noviembre de 1999 (*Fallos*, 322:2701), que abordáramos *supra*.

este trabajo habíamos mencionado la Sentencia 2/1993 (I. 22) AB, en la que el Tribunal Constitucional magiar determinó que las disposiciones regulatorias de los referendos en la ley específica sobre la materia sancionada antes de la modificación constitucional de 1989 eran *incompatibles con los nuevos recaudos constitucionales fundados en el principio de división de poderes*.

En función de ello, y sobre la base de lo estipulado en el art. 21, par. 7, de la Ley del Tribunal Constitucional, se constató la existencia de una situación inconstitucional surgida de una omisión de actuar y, consiguientemente, el Parlamento fue urgido a cumplir su deber de legislar (ABH 1993, 33, 39).

CONCLUSIONES

La investigación desarrollada nos conduce a las apreciaciones conclusivas que pasamos a formular.

1. El modelo jurídico-político representativo del Estado Constitucional contemporáneo alimenta a las constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden reparar la ruptura entre democracia y constitucionalismo.

Precisamente la discusión acerca de las posibilidades de sustentación de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión configura un pliegue más de la tensión entre aquellos elementos: democracia-constitucionalismo.

2. No puede negarse la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento o Congreso y Tribunal Constitucional o Judicatura (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad), ha favorecido el advenimiento de una Constitución concebida como *norma*, por tanto, dotada de riqueza y potencia normativas, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios y conflictos jurídicos mínimamente significativos.

3. Así, la Constitución ha pasado de ser percibida (*o de pasar desapercibida*) como instrumento localizado en una dimensión poco menos que metajurídica desde el punto de vista material, a ser aprehendida como norma directamente eficaz y vinculante para las autoridades públicas y los particulares.

En ese sentido, aparece como la manifestación suprema del ordenamiento jurídico en el ámbito interno y su vigor normativo la posiciona —al menos en abstracto— como un relevante instrumento dinamizador de la protección de los derechos fundamentales.

4. La fuerza normativa que la Ley básica concentra tiene numerosas implicancias. Una de ellas, por cierto no menor, radica en que sus disposiciones no pueden ser violadas por las autoridades públicas ni los particulares y que las obligaciones que fija, entre las que figura el desarrollo normativo por el legislador de algunas de sus cláusulas, deben ser cumplidas efectiva y adecuadamente.

5. El sistema de control de constitucionalidad sería fragmentario o insuficiente si sólo se encargara de corregir las conductas positivas inconstitucionales (productos normativos) y evitara hacer lo propio respecto de las omisiones también contrarias a la Constitución.

En puridad, un esquema de fiscalización constitucional con semejante nivel de *incompletitud* no sería, como se espera de él, garante esencial de la supremacía y la normatividad de la Carta magna.

6. Las relaciones tensionales entre el Parlamento o Congreso y el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial deben reconducirse en términos constructivos.

En el plano específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se emprenda no puede ser impulsada ni entendida en un plano de confrontación o de puja de poder. Por el contrario, es preciso que sea conducida por la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de clausura de la jurisdicción constitucional en cuanto a mantener inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, permita resguardar la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

Naturalmente, la sensatez y la razonabilidad del órgano jurisdiccional deberán regular en cada contexto y caso la intensidad y la densidad del control de constitucionalidad sobre el legislador, y definir la textura de las medidas sustentables que puedan arbitrarse para solventar las preterisiones inconstitucionales de éste.

7. La búsqueda debe orientarse hacia una interacción articulada y equilibrada de distintas premisas para el despliegue de un modelo eficaz de *defensa y realización* de la Constitución frente a las inoperancias legislativas inconstitucionales, dinámica en la que al juez le está vedado eludir sus propios límites materiales y funcionales.

8. El principio de supremacía de la Ley fundamental exige un doble soporte: *normativo y conductual*. El primero comporta la literalización en su texto de semejante tenor de prevalencia jerárquica; el segundo, a su tiempo, supone que ello debe traducirse en la cabal voluntad de cumplir la Constitución y de combatir las infracciones a esa preeminencia.

Y en torno a tal problemática gira, precisamente, una premisa básica: la instalación definitiva en el seno de la magistratura de la percepción consistente en que su atribución-deber de mantener incólume la supremacía constitucional involucra no sólo el control constitucional sobre *acciones* que la violenten sino también frente a las *omisiones* igualmente inconstitucionales.

9. Para el ejercicio de control sobre las pretericiones inconstitucionales *no es obstáculo que el legislador no haya diseñado los mecanismos procesales pertinentes al respecto*. Una posición contraria a tal percepción llevaría paradójicamente a hacer depender la solución al problema justamente de quien lo genera y que es usualmente el menos interesado en brindar tal respuesta ya que, en realidad, ello supondría dar vida a un instrumento procedimental para que él mismo fuese controlado durante el *mantenimiento de su inacción* y se viese instado a abandonarla.

10. Es entonces el juez el encargado de delinear tales vías si el órgano legisferante no lo realiza. Abstenerse de hacerlo lo llevaría a quedarse anclado en la comodidad del *statu quo*, excusándose casi de modo automático de examinar probables inercias anticonstitucionales con el argumento de que no posee los mecanismos procesales constitucionales para encarrilar una pretensión en tal sentido.

11. Un concepto aproximativo de inconstitucionalidad por omisión nos lleva a sugerir que ella consiste en *la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso de tiempo irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.*

12. La mera quiescencia del legislador no es sin más y *per se* suficiente para concluir en la existencia de una *omisión legislativa constitucionalmente reproble.*

Para que ésta se configure y habilite la intervención de la justicia constitucional, debe concurrir la preterición total o parcial de un mandato constitucional dirigido al legislador, el mantenimiento de ese *statu quo* por un lapso temporal injustificadamente prolongado y que semejante situación viole objetivamente la Ley fundamental.

13. Un acercamiento taxonómico primario, tomando como punto de partida la tradicional clasificación de WESSEL, permite distinguir entre omisiones inconstitucionales *absolutas o totales y relativas o parciales.*

En las *absolutas o totales* hay ausencia de cualquier norma legislativa de desarrollo del mandato constitucional. Es decir que la inactuación legislativa en el particular es completa o radical.

En las *relativas o parciales* sí se ha dictado un dispositivo legislativo, pero de modo insuficiente, parcial o discriminatorio, excluyendo injustificadamente de su cobertura a determinados grupos o personas o a ciertas situaciones que debieron haberse incluido, de lo que se deriva una violación al principio de igualdad o, en algunos casos, a otros principios, valores o derechos como el del debido proceso. El incumplimiento del mandato constitucional se da aquí al haber el legislador obviado ciertos aspectos o destinatarios de la normación que debieron haber sido previstos. En síntesis, la legislación presenta un contenido normativo inferior al exigido constitucionalmente.

14. Las omisiones inconstitucionales conforman una categoría distinta de la de las lagunas del derecho. Expresado de manera diferente, *no son lagunas del derecho.*

Entre otras cosas, porque: *i)* las lagunas son situaciones constitucionalmente relevantes *no previstas*, mientras que las omisiones legislativas se relacionan con

situaciones previstas constitucionalmente; **ii**) respecto de éstas, existe un mandato constitucional expreso dirigido al legislador para que desarrolle la cuestión a la que se refieren, imposición que no concurre en el caso de las lagunas; **iii**) dicho de otro modo, a diferencia de lo que acontece con éstas, las omisiones legislativas serían producto del incumplimiento de una obligación de hacer; **iv**) se presupone que las lagunas pueden ser colmadas por medio de los métodos jurídicos de integración, al tiempo que ello, en general, no opera de igual forma respecto de las omisiones legislativas; y **v**) las lagunas son o pueden ser producto de la imprevisión del legislador, las omisiones son la resultante de la inercia o inactuación de éste pese a una exigencia constitucional concreta.

15. Es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta la judicatura para analizar el cuadro situacional que le permita detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y decidir la producción de los remedios para superarlas.

Tal labor requiere dosis importantes de prudencia y rigurosidad en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

16. La tarea jurisdiccional que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión y eventualmente el tipo de sentencia por dictar, no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego, según el caso, todas o algunas de las siguientes: **i**) normatividad y primacía de la Constitución; **ii**) deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad; **iii**) connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la preterición provoca; **iv**) lapso temporal por el que viene prolongándose la inactividad del órgano silente, ya sea en cuanto al dictado de la normativa de desarrollo constitucional (omisión absoluta), como en la optimización o adaptación de la sancionada deficientemente con un contenido normativo menor al estipulado por la Ley fundamental (omisión relativa); **v**) radio de acción del legislador en el supuesto específico de que se trate; **vi**) particularidades de la situación jurídico-política del momento; **vii**) cuadro de posibilidades al alcance de la judicatura para diseñar una respuesta jurisdiccional material y financieramente posible y sustentable; e, *inter alia*, **viii**) prefiguración de las consecuencias de su pronunciamiento.

17. No es irrazonable esperar del juez un *activismo prudente y equilibrado* que sin generar un temerario desborde de su marco competencial, tampoco lo conduzca a incumplir la exigencia axial que sobre él se cierne en punto a garantizar la supremacía y la normatividad constitucionales.

18. Pese a que el control sobre la inercia legislativa supone riesgos de “intromisión” de la magistratura jurisdiccional en las tareas político-normativas del legislador, en puridad aquellos están ínsitos en el desarrollo de la función jurisdiccional y en la tarea de control en sí misma.

Es así como los mentados “peligros” *se presentan tanto cuando el objeto de la fiscalización estriba en un comportamiento activo o positivo, como cuando consiste en una omisión.*

19. Como parte sustancial del mensaje subyacente en este trabajo milita una premisa que en reiteradas ocasiones se declama desde el registro discursivo y en no pocas se incumple en el plano de la realidad, pero que —creemos— debe defenderse, reivindicarse e intentar que alcance encarnadura en la dimensión fáctica: *la Constitución no es poesía o mera retórica, sino por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad.*

20. El paradigma que en su hora diseñara Hans Kelsen, ceñido a dos únicos tipos de sentencias constitucionales (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al tribunal constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían contener más creación de derecho que la lacónica anulación de la ley, desde hace tiempo ha mostrado su insuficiencia para cubrir las cada día mayores y más intensas exigencias funcionales de los órganos máximos de la justicia constitucional.

21. Crecientes requerimientos operacionales de estos órganos, unidos a la textura abierta de las disposiciones constitucionales que permiten identificar en ellas fluctuantes niveles de indeterminación, empujaron a que la actividad interpretativa que aquellos despliegan conlleve —especialmente en los casos difíciles, atípicos o complejos— una ardua tarea de creación de derecho.

22. La interpretación constitucional es uno de los tópicos más complejos del derecho constitucional y del procesal constitucional. De hecho, de ella depende que una Constitución se desarrolle progresivamente o involucone y se aletargue.

La centralidad que la Constitución adquiere en el escenario jurídico-político hace que toda interpretación normativa deba hacerse a la luz de ella y de sus principios y valores.

23. Sería tan naíf como negatorio de la realidad, desatender que correlativamente a su tarea *nomofiláctica*, los tribunales, cortes o salas constitucionales también despliegan actividad *nomogenética*.

24. En ese contexto, fueron germinando en el vientre pretoriano las denominadas sentencias “atípicas o intermedias”, ideadas para escapar de la rígida conexión

binomial inconstitucionalidad-nulidad y que vienen a ubicarse dentro de la línea cuyos extremos están claramente ocupados por las dos siguientes respuestas jurisdiccionales secuenciales: *i) se admite el planteo de inconstitucionalidad*, se declara consecuentemente la nulidad de la disposición enjuiciada y se la expulsa del sistema jurídico; y *ii) se rechaza el planteo de inconstitucionalidad* y la norma objetada se mantiene dentro del ordenamiento jurídico.

25. Sin perjuicio de las particularidades de los diversos ordenamientos constitucionales, algunas variantes de *sentencias atípicas o intermedias* constituyen una ventajosa herramienta para combatir la *inconstitucionalidad por omisión*.

Dentro de aquella categoría decisonal, las *sentencias interpretativas* son empleadas, con mayores o menores niveles de ortodoxia y contundencia, por numerosos órganos máximos de la justicia constitucional en diversos países de Europa y América.

26. Las decisiones interpretativas, cuyo fundamento es la conocida y polifacética problemática de la *interpretación conforme a la Constitución*, parten del presupuesto de la distinción entre *disposición y norma*, o entre el enunciado normativo y la/s norma/s que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende/n del mismo.

De entre los posibles significados de una disposición, el órgano de justicia constitucional debe preferir el que más convenientemente se adecue a los mandatos de la Constitución y brinde la mayor eficacia posible a sus reglas, principios y valores.

En el fondo, la tipología sentencial a la que referimos intenta *agotar las posibilidades de que la ley supere el juicio de constitucionalidad* o, dicho de otro modo, persigue *reconstruir, por vía de la interpretación constitucional, la ley cuya constitucionalidad se examina*. Subyace en ello una *deferencia razonada* del órgano jurisdiccional hacia el legislador democrático.

En lo que hace a la corrección de las *omisiones inconstitucionales relativas del legislador*, las sentencias interpretativas ofrecen una senda procedimental esencial: las decisiones *aditivas clásicas o puras*, localizadas en la categoría de resoluciones “manipulativas” (que también cobija a los pronunciamientos sustitutivos y reductores).

27. De su lado, tales pretericiones inconstitucionales *relativas*, también en ciertos casos las *absolutas*, pueden ser superadas o mitigadas por medio de otras variantes de sentencias atípicas o intermedias, que en determinados supuestos se acompañan de fórmulas moduladoras de sus efectos.

Aludimos, por ejemplo, a: las resoluciones *exhortativas*, las decisiones *apelativas*, las *recomendaciones al legislador*, las sentencias *aditivas de principio*, las declaraciones de *inconstitucionalidad sin nulidad* (que no aplicarían respecto de las pretericiones

absolutas) y el *diferimiento* de los efectos de la determinación de inconstitucionalidad para dar tiempo al cuerpo legisferante a emitir o perfeccionar la normativa según los requerimientos del órgano máximo de justicia constitucional.

No siempre es posible identificar en cada caso la presencia de tales variantes sentenciales de forma pura, pues la praxis jurisprudencial comparada demuestra que en numerosas ocasiones en un determinado pronunciamiento pueden confluir elementos o trazos de otras modalidades decisorias. Las posibles combinaciones son profusas.

28. Una categoría vinculada a la del control de las omisiones legislativas es la relativa a la subsanación de los casos de *errónea prognosis legislativa* o de *modificación de las circunstancias determinantes de un específico dispositivo legal*.

En puridad, la preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial de norma, sino en el incumplimiento por el legislador de su “deber de adecuación”, que es fundamento del “deber constitucional de legislar”, al abstenerse de adaptar o actualizar el dispositivo legal existente que se ha tornado desfasado o inocuo.

29. Así, si el precepto en cuestión devino inconstitucional y el legislador se hubiese desentendido de acondicionarlo a los nuevos estándares de la Norma básica, esa falta de diligencia constituiría precisamente la inactuación censurable jurisdiccionalmente.

En el caso, el juez podría por ejemplo: *i*) declarar inconstitucional la disposición en juego y proceder a emplazar al legislador a que la *aggiorne* convenientemente, bajo apercibimiento de hacerlo directamente el propio magistrado; y *ii*) determinar la anticonstitucionalidad de la regla en examen y proceder éste de manera directa a remozarla con efectos ceñidos al caso concreto, lo que se justificaría en el supuesto de que la carencia o el déficit de perfeccionamiento de la ley ocasionaran consecuencias lesivas que comprometieran a derechos fundamentales.

30. La praxis jurisprudencial de numerosos órganos de cierre de la justicia constitucional en Europa y Latinoamérica (v. gr., Alemania, Austria, España, Italia, Colombia, Perú y Costa Rica) y la proliferación de variantes de sentencias atípicas o intermedias muestran un escenario caracterizado por la necesidad de evitar la expulsión inmediata de las disposiciones enjuiciadas, acudiendo a la modulación de los efectos de las modalidades decisorias empleadas y evitar, así, que el vacío jurídico generado termine configurando una situación más gravosa aún que la existente antes de la intervención del ente jurisdiccional.

Precisamente el *horror vacui* y el respeto por la autoridad democrática del legislador y su libertad de conformación normativa tuvieron fuerte incidencia en la multiplicación de aquellos pronunciamientos atípicos o intermedios y en las diversas técnicas de articulación de los efectos de las sentencias constitucionales estimatorias.

31. El examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Europa y Latinoamérica pone al descubierto el interés por institucionalizar en la práctica un variado menú de opciones para superar o corregir las omisiones inconstitucionales; en un buen número de casos tanto absolutas como relativas, mientras que en otros sólo aplicables a esta última tipología.

En general, subyace la convicción de que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión ostenta útil potencialidad para contribuir a fluidificar el tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional.

32. El acrecentamiento del interés en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión ha producido el desplazamiento del eje de la discusión doctrinaria a su respecto. Antes, se discurría tímidamente sobre su existencia y alcances; hoy se debate de manera intensa acerca de cuáles son los instrumentos o vías más adecuados para que desde la justicia constitucional se remedien las omisiones inconstitucionales originadas en la indolencia del legislador.

33. A medida que avanzábamos en el camino investigativo que daba cuerpo a este libro, si bien sentíamos la inquietud por indagar sobre los aspectos teóricos y dogmáticos de la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, nos impulsaba también una creciente preocupación respecto de las consecuencias negativas que aquella provoca en las disposiciones constitucionales, mermando o directamente eliminando su eficacia, lo que —por extensión— en no pocos casos impacta negativamente en los derechos esenciales, relegándolos prácticamente a la inocuidad.

34. Aquella prevención nos llevó a examinar el delicado tema de la vinculación entre las omisiones inconstitucionales (que en ocasiones serían también inconvencionales) y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Al respecto, es preciso que la justicia constitucional actúe impregnada de un *dinamismo prudente y razonable* para elaborar patrones jurisprudenciales que, sin ser desmesurados ni irresponsablemente atentatorios del equilibrio financiero estatal, aporten decididamente a la vigencia efectiva de aquellos derechos, sea que sus violaciones se generen por acción o por *omisión*.

35. No es casualidad que gran parte de las pretericiones inconstitucionales que se producen en los Estados afecten la operatividad de los DESC, cuando en realidad la importancia y la fundamentalidad de estos debería estar fuera de discusión, ya que muchos de ellos (salud, alimentación, trabajo, educación, seguridad social, por citar unos pocos) son *precondiciones* para el ejercicio de no escasos ni insignificantes derechos civiles y políticos.

36. La justicia constitucional debe actuar comprometidamente a la hora de examinar acciones que tiendan a superar pretermisiones en el campo de los DESC y a pugnar por la materialización de las determinaciones normativas contenidas en la Constitución y los compromisos internacionales en dicha materia.

Ello sumaría en el intento por revitalizar las premisas de *progresividad* y *prohibición de regresividad injustificada* que deben operar sinérgicamente en este espacio temático de alta sensibilidad y estrechamente asociado a la dignidad humana.

37. Específicamente en el ámbito jurídico argentino entendemos que existe una plataforma constitucional que legitima la competencia del órgano judicial para subsanar en casos concretos la absoluta inacción legislativa que transgrede la fuerza normativa constitucional; o para restablecer, por ejemplo, la igualdad vulnerada a través de una pretermisión inconstitucional relativa.

38. El contenido axiológico de la Carta magna argentina ha recibido un importante refuerzo por conducto de la innovación constitucional de 1994. En esa dinámica, resulta inocultable su gravitante impacto en el campo de los derechos humanos.

39. La inclusión expresa en la Constitución de procesos constitucionales como el *amparo*, también operable en casos de *omisión*; la adjudicación de *jerarquía constitucional* a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la resignificación del principio *pro persona*; el añadido de una vertiente sustancial, complementaria de la formal, al *principio de igualdad*, que viene a intensificar el ingrediente de constitucionalismo social que compone la variada textura ideológica de nuestra Norma básica; la necesidad de su aseguramiento a través de *acciones positivas*; y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, incluidos obviamente los magistrados judiciales, forman un compacto de factores envueltos y recorridos por el caudal axiológico que les suministra uno de los imperativos axiales que cobija el preámbulo: *afianzar la justicia*.

Semejante paisaje jurídico fortalece las posibilidades de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, compromete al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las exigencias asumidas interna e internacionalmente al respecto.

40. La mencionada dotación de valencia constitucional a un racimo de compromisos internacionales y la revalorización del principio *pro persona* convocan la actuación protagónica de ciertos principios generales del derecho internacional, positivados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), acerca de los cuales los jueces y demás autoridades públicas deben tomar debida nota y aplicar sin reticencias.

Referimos particularmente a los arts. 26, 31.1 y 27 (éste sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46): *pacta sunt servanda*, interpretación de buena fe y los postulados atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o *inexistencia* de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la consecuente *responsabilidad internacional* en caso de incumplimiento de estos.

41. Principalmente desde su renovada composición, forjada básicamente entre los años 2003 y 2004 (hoy sin los extintos jueces Argibay y Petracchi y con la prontísima salida del ministro Zaffaroni), la Corte Suprema de Justicia argentina viene dando muestras en cuanto a: **i)** recurrir más asiduamente a modalidades sentenciales “atípicas”; **ii)** modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; **iii)** tender lazos dialógicos con otros poderes u órganos de los Estados nacional o provinciales; **iv)** avanzar en terrenos *incómodos* del control de constitucionalidad, como el de la fiscalización respecto de las omisiones inconstitucionales (objeto central de esta investigación) o de asuntos otrora no justiciables (desafiando la vigencia de la doctrina de las *political questions*); **v)** acudir a nuevas herramientas interpretativas en el marco constitucional; **vi)** depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el contexto de los recursos ordinarios de apelación en el área previsional; **vii)** deferir en la Cámara Nacional de Casación Penal y los respectivos tribunales provinciales competentes la revisión amplia de los casos en materia criminal; **viii)** diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria; **ix)** abrir vías de participación popular que conduzcan a una mayor democratización y transparencia del debate judicial en cuestiones dilemáticas y de envergadura constitucional (a través de las figuras del *amicus curiae* y las audiencias públicas); y **x)** recalcar en su discurso la calificación de “eminente” que adjudica al ejercicio de la jurisdicción constitucional a su cargo.

42. En el orden federal de nuestro país, para el ejercicio de control sobre las pretericiones inconstitucionales sería conveniente contar con una *acción directa de inconstitucionalidad por omisión*, que determine la competencia del órgano jurisdiccional que deba conocer de ella, los supuestos de operatividad, el procedimiento y los alcances y efectos de la sentencia.

De cualquier modo, en un marco de *lege lata*, se aprecia que (imbuido de la lógica descrita en la conclusión inmediatamente anterior —41— y con mayor o menor dosis de contundencia léxica y jurídica), la CSJN viene transitando un camino que abre un horizonte con potencialidades evolutivas en el que cabe imaginar un espacio significativo para el ejercicio prudente pero decidido del control jurisdiccional sobre las inercias anticonstitucionales. Fallos como “Badaro I y II” (2006 y 2007), “Halabi” (2009), “Dávila Lerma” (2012) o “Zartarian” (2014) parecieran dar suficiente testimonio de ello.

No debería ser de otro modo, ya que a esta altura del desarrollo del Estado Constitucional en Argentina, si bien es importante la tarea de *defensa* de la Constitución que la Corte Suprema realiza, se espera además de ella que —como cabeza de un poder del Estado— intensifique su actitud *proactiva* en aras de *realizar* la Ley básica, para garantizar su densidad normativa, tonificar su contenido axiológico y potenciar su supremacía junto a la de los documentos internacionales básicos en materia de derechos humanos.

43. En la hora actual se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que el Estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*.

44. Al incrementarse el proceso de circulación de reglas iusinternacionales, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces nacionales del *control de compatibilidad convencional* de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional frente al compacto de pautas y principios que conforman la estructura literal de la CADH y los estándares valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor hermenéutica.

45. Si la Constitución argentina diagrama generosas cláusulas de apertura internacional; si la propia CADH destaca en su art. 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1, *Ibid.*, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; y si el control de convencionalidad por la magistratura jurisdiccional (incluso *ex officio*) es una obligación que no puede ser recusada, resulta válido concluir que existe suficiente base legitimante para que el radio de cobertura del examen de convencionalidad alcance también a las *omisiones estatales que sean contrarias a la CADH* y a otros documentos internacionales que integran el *corpus iuris* básico en la materia.

46. Ser parte de la CADH genera tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos. Y ello queda inmerso en un escenario axiológico particular descrito claramente por la Corte IDH, que ha subrayado que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes.

Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*. Por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.

47. En el escenario y la dinámica detallados, el control sobre las omisiones inconstitucionales e inconvencionales insufla vida a un resorte fiscalizador no desdeñable para sumar en el intento de aproximar los extremos de la brecha erigida entre el discurso normológico y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la Carta magna y los instrumentos internacionales con equivalente cotización jurídica.

En otros términos, los institutos de la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad omisivas aportan a la necesaria búsqueda de alternativas que permitan *el paso a la acción*, lo que supone enaltecer y honrar la *letra* constitucional y de tales compromisos internacionales en el delicado contexto de los derechos fundamentales.

48. Parece imposible soslayar la existencia de una directriz relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración, tanto por las autoridades pertinentes en el marco interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos fundamentales son reflejo directo de la dignidad humana*, por lo que todo aporte para incrementar sus niveles de efectividad será bienvenido.

49. Las líneas que dieron forma a este trabajo también buscaban poner en contexto que el desiderátum que apunta a que la Ley fundamental y los compromisos internacionales con valencia homóloga superen definitivamente la fase declamativa y alcancen su plena vinculatoriedad jurídica en el Estado Constitucional y Convencional contemporáneo, *debe dejar de ser una utopía o una ingenuamente vana expresión de deseos*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS - Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- _____ y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ACKEL FILHO, Diomar, “Mandado de injunção”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 628, fevereiro de 1988, pp. 413 y ss.
- ACUÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 61, Porrúa, Universidad Panamericana, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2012.
- ADAM, Antal, “Le système constitutionnel de la Hongrie”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 5, julio-diciembre de 2001, IJ de la UNAM, México, D.F., pp. 4-31.
- _____, “La Cour Constitutionnelle en Hongrie”, en DE VERGOTTINI, Giuseppe (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 207 y ss.
- AGRESTO, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Itaca y Londres, 1984.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14, enero-abril de 1993, CEC, Madrid, pp. 9-34.
- _____, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa, el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, N° 24, 1987, UNED, Madrid, pp. 9-30.
- AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2004.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 4, “La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional”, Junta General del Principado de Asturias, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006, pp. 109-149.

- _____, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Thomson - Civitas, Navarra, 2005.
- _____, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8, enero-abril de 1991, CEC, Madrid, pp. 169 y ss.
- AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, enero-abril de 2011, CEPC, trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Madrid, pp. 11-29.
- _____, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, Porrúa e IIDPC, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, México, D.F., 2009, pp. 3-13.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008.
- _____, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpres., CEPC, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “Breve aproximación a la Constitución de Hungría”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, septiembre-diciembre de 2002, CEPC, Madrid, pp. 149-162.
- AMARAL, Maria Lúcia, “Dever de legislar e dever de indenizar a propósito do caso «Aquaparque do Restelo»”, *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Año I, N° 2, Lisboa, 2000, pp. 67-98.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, referido a la ‘VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes’ (La Justice Constitutionnelle dans le cadre des Pouvoirs de L’État), Lisbonne, 26-30 avril 1987, Economica y Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1989, pp. 59-84, 139-163 y 165-196, respectivamente, en relación con la “Cour Constitutionnelle autrichienne”, el “Conseil Constitutionnel français” y la “Cour Constitutionnelle italienne”.

- ARAGÓN REYES, Manuel, *25 años de justicia constitucional en España*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, 2004, IIDPC - Porrúa, México, D.F., pp. 3-23.
- _____, *Democracia y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989.
- _____, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 50, 1986, CEC, Madrid, pp. 9 y ss.
- ASTUDILLO REYES, César I., “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 1665-1700.
- _____, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, IIJ de la UNAM, México, D.F., 2004.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- _____, “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, en su obra *Cuestiones judiciales*, 1ª ed., 2ª reimpres., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, N° 91, Fontamara, México, D.F., 2008, pp. 9-23.
- _____, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª ed., 3ª reimpres., IIJ de la UNAM, México, D.F., 2007.
- _____, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 1ª ed., 3ª reimpres., Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 187-213.
- _____, y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, IIJ de la UNAM, México, D.F., 2005.
- _____, y RUIZ MANERO, Juan, “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 47, mayo-agosto de 1996, CEC, Madrid, pp. 29-53.
- AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- _____, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 2, 2012, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 643-681.

- BACELAR GOUVEIA, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissão. Consultas diretas aos cidadãos a nível local”, *O Direito*, abril-junho de 1990, pp. 420 y ss.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, 1ª ed., Civitas, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1985.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed. actualiz. y ampl., tres tomos, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BADURA, Peter, “Die Verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen”, en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60 Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea-Frankfurt a. M., 1982, pp. 481 y ss.
- BÁEZ SILVA, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 27, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Francisco J. (coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, Cortes de Castilla - La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 381-395.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, “Juez y Constitución”, *Revista de Derecho Político*, N° 47, 2000, UNED, Madrid, pp. 69-90.
- BALDASSARRE, Antonio, “Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado”, en PAU I VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional*, ‘IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos’, Asociación Española de Letrados de Parlamentos - Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 183-195.
- 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*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 271-285.
- _____, “Mandado de injunção”, en *Livro de Estudos Jurídicos*, 2ª ed., N° 1, Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, pp. 37-57.
- BARCELONA, Pietro, “Democracia y Justicia”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, N° 28, marzo de 1997, Madrid, pp. 39-47.
- BARRETO E SILVA FILHO, Derly, “As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 713, fasc. 1 [Doutrina], São Paulo, março de 1995, pp. 7-23.

- BARROSO, Luís Roberto, *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.
- _____, *O Direito Constitucional e a efectividade de suas normas*, 2ª ed. ampl. y actual., Renovar, Rio de Janeiro, 1993.
- BARTH, Fernanda Daniela, *O mandado de injunção e a omissão legislativa inconstitucional*, Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2005.
- BASTERRA, MARCELA I., “Procesos colectivos. Legitimación procesal y efectos de la sentencia”, ETO CRUZ, Gerardo (coord.), *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Tº II, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales, Adrus, Lima, 2011, pp. 381-409.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Principios y reglas, legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la democracia (Información y Debate)*, Nº 27, noviembre de 1996, Madrid, pp. 41-49.
- BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tºs. I y II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.
- _____, (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009.
- _____, (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- _____, (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997.
- _____, (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BAZÁN, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.
- _____, “La justicia constitucional en América Latina y algunos desafíos temáticos que afronta”, *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Nº 1/2014, data pubblicazione: 7 febbraio 2014 (http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/1_2014_Bazan.pdf).
- _____, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas líneas jurisprudenciales salientes en materia de derechos fundamentales”, *La Ley*, Tº 2012-B, Buenos Aires, 2012, pp. 966-997.

- _____, “Dificultades operativas e institucionales y retos de la justicia constitucional en América Latina”, *Opus Magna. Constitucional guatemalteco*, 2012, T° VI, Instituto de Justicia Constitucional, Corte de Constitucionalidad, Ciudad de Guatemala, 2012, pp. 327-401.
- _____, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2° Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.
- _____, “Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2011, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2011, pp. 157-178.
- _____, “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho. ‘Serie Constitucional’*, Buenos Aires, 2011: a) 1ª parte, 19 de abril de 2011, pp. 1-7; b) 2ª parte, 12 de mayo de 2011, pp. 11-15; y c) 3ª parte, 13 de junio de 2011, pp. 4-11.
- _____, “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, *Contextos*, N° 2 - 2011, Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, pp. 82-129.
- _____, “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44.
- _____, “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2010, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, pp. 151-177.
- _____, “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, N° XVIII, 2009, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2010, pp. 267-302.
- _____, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Cuadernos Democráticos N° 1, Fundación Konrad Adenauer, oficina Ecuador, Quito, Ecuador, 2009.
- _____, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México, D.F., 2003.

- _____ y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- _____ y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Bogotá, 2012.
- _____ y _____ (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2011.
- _____ y _____ (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2010.
- BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Federale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982, pp. 232 y ss.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., Colección Textos y Documentos, CEPC - BOE, Madrid, 2006.
- BENDA, Ernst y KLEIN, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, pp. 179 y ss.
- BETEGÓN, Jerónimo; GASCÓN, Marina; DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tº 2, 2ª ed., actualiz., reestruct. y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tº I-A, nueva ed. ampl. y actualiz. a 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- _____, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- _____, *Manual de la Constitución reformada*, Tº I, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- _____, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- _____, *Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*, *El Derecho*, Tº 129, Buenos Aires, 1988, pp. 949 y ss.

_____, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

_____, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, T° 78, Buenos Aires, 1978, p. 789.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965.

BLANCO DE MORAIS, Carlos, “As sentenças com efeitos aditivos”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 1417-1474.

_____, (coord.), *As sentenças intermédias da justiça constitucional*, AAFDL, Lisboa, 2009.

BLANCO VALDÉS, Roberto, “Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (Legitimidad del control de constitucionalidad y *self-restraint* judicial en los orígenes del sistema norteamericano, un breve apunte histórico)”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Francisco J. (coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, Cortes de Castilla - La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 17-39.

_____, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982.

BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, 2000.

BON, Pierre, “Francia”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 137-170.

BONAVÍDES, Paulo, *Direito Constitucional*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986.

_____, y DE ANDRADE, Paes, *História Constitucional do Brasil*, 10ª ed., OAB Editora, Brasília, 2008.

BONILLA HERNÁNDEZ, Pablo A., “La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que clama por su institucionalización”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2009, Año XV, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo, 2009, pp. 45-64.

- BOREA ODRÍA, Alberto, *Las garantías constitucionales, hábeas corpus y amparo*, JRC, Lima, 1992, pp. 271 y ss.
- BOUZAT, Gabriel, “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *Judicial Review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad (A propósito de la Sentencia 29-4-93 de la Corte Suprema Argentina, caso «Iachemet, M^a. L. vs. Armada Argentina»)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N^o 54, septiembre-diciembre de 1998, CEPC, Madrid, pp. 273 y ss.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, D.F., 1998.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, T^o II, 4^a ed. aument. y anot., Colección Textos Legislativos N^o 20, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.
- _____, *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho*, Los Libros de ‘El Nacional’, Colección Ares N^o 48, Caracas, 2004.
- _____, “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T^o III, 4^a ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 2091 y ss.
- BRUNNER, Georg, “Un hito en el camino hacia el Estado de Derecho. El largo tiempo impedido y finalmente conseguido control de la constitucionalidad en Europa del este”, *Revista de Estudios Políticos*, N^o 82, octubre-diciembre de 1993, CEC, trad. de Carlos Ruiz Miguel, Madrid, pp. 137-144.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, Ángel, MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicciones y procesos constitucionales*, 2^a ed., revis. y ampl., McGraw Hill, Madrid, 2000.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N^o 90, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2013.
- CAL GARCÍA, José, “Mandado de injunção”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, N^o 88, outubro-dezembro de 1988.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Mandado de Segurança coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

- CAMPINOS, Jorge, “Brevíssimas notas sobre a fiscalização da constitucionalidade das leis em Portugal”, en LOMBARDI, Giorgio (dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “A Justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pp. 173-221.
- _____, “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios básicos de Derechos Humanos*, I, Serie Estudios de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 63-73.
- CAPPELLETTI, Mauro, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 13, enero-febrero de 1980, CEC, trad. de Faustino González, Madrid, pp. 61-103.
- _____, *La giurisdizione costituzionale delle libertà (primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffrè, Milano, 1955.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., IIJ de la UNAM, México, D.F., 2007.
- _____ (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - IIJ de la UNAM, Madrid, 2003.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación judicial constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, T° I, Porrúa - IIJ de la UNAM, México, D.F., 2005, pp. 261-279.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel, “Rapport Général”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, referido a la ‘VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes’ (La Justice Constitutionnelle dans le cadre des Pouvoirs de L’État), Lisbonne, 26-30 avril 1987, Économica y Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1989, pp. 15-36.
- CARPIO MARCOS, Édgar, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa a propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú”, *El Jurista. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*, Año I, N° 1, Lima, enero de 1991, pp. 89-104.
- _____, “¿Procede el amparo contra la omisión de actos legislativos?”, *Anuario Jurídico*, N° 1, Lima, 1991, pp. 153 y ss.

- CARPISO, Jorge, voz “Interpretación constitucional”, CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2002, pp. 319-321.
- CARRAZA, Roque Antonio, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”, *Revista Trimestral Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, N° 101, junho de 1992, pp. 9 y ss.
- CARRILLO, Marc, “Cuestión prejudicial y recurso de amparo en Europa: últimas reformas”, exposición brindada en la Conferencia Internacional de Derecho Constitucional: “El Estado Constitucional de Derecho”, organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Capítulo El Salvador) y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 5 a 7 de diciembre de 2011.
- _____, “La eficacia de los derechos sociales, entre la Constitución y la Ley”, *Jueces para la democracia (Información y Debate)*, N° 36, noviembre de 1999, Madrid, pp. 67-74.
- CASAL, Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas: tendencias jurisprudenciales”, en PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (coord.), *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho*, FUNEDA - Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 169-196.
- _____, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, enero-julio de 2001, Edit. Sherwood, Caracas, pp. 141-187.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 22, UNED, Madrid, 2008, pp. 301 y ss.
- _____, “Los defensores del pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho, una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 24, 1989, p. 50.
- _____, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y Debates, N° 5, CEC, Madrid, 1988.
- CASTRO CRUZATT, Karin, “El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador, el caso peruano”, *Revista Derecho del Estado*, N° 27, julio-diciembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 153-176.

- CAUBET, Yannick, *Controle de constitucionalidade por omissão. Institutos e obices à sua eficácia*, Juruá, Curitiba, 2003.
- CELOTTO, Alfonso, “Le sentenze ‘additive di principio’ non autoapplicative, una tecnica decisoria ancora da perfezionare”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, N° 3, marzo de 1999, Roma, pp. 299-304.
- _____, “Corte costituzionale ed eccesso di potere legislativo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 1995, pp. 3724 y ss.
- CERRI, Augusto, *Corso di Giustizia Costituzionale*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001.
- CHELI, Enzo, “Giustizia Costituzionale e sfera parlamentare”, *Quaderni Costituzionali*, Año XIII, N° 2, agosto de 1993, il Mulino, Bologna, pp. 263-277.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, México, 2000, pp. 123-154.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Muda Brasil, uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, Brasiliense, São Paulo, 1986.
- CORZO SOSA, Édgar, “La justicia constitucional en México”, en VV.AA., *Justicia constitucional comparada*, IJ de la UNAM y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México, D.F., 1993, pp. 11-29.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Artículo 105 constitucional”, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° II, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 973-999.
- _____, *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra colectiva compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998.
- CRETELLA JUNIOR, José, *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. VI, Forense, Rio de Janeiro, 1992, pp. 3106 y ss.

- _____, *Os "writs" na Constituição de 1988*, Forense, Rio de Janeiro, 1988.
- CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 5ª ed., CEDAM, Padova, 1984.
- _____, "Giustizia costituzionale e potere legislativo", AA.VV., *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 129-147.
- CROSSKEY, William W., *Politics and the Constitution in the history of the United States*, University Press, Chicago, 1953.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 25, enero-abril de 1989, CEC, Madrid, pp. 35-62.
- _____, "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad, Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 5, mayo-agosto de 1982, CEC, Madrid, pp. 115-146.
- CSINK, Lóránt y PACZOLAY, Péter, "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Hungarian National Report for the 14th Conference of Constitutional Courts, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (fuente de Internet consultada en su momento: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/omissionHUN_en.doc).
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *De los niveladores a 'Marbury vs. Madison': la génesis de la democracia constitucional*, CEPC, Madrid, 2011.
- DA CUNHA FERRAZ, Anna Candida, "Inconstitucionalidade por omissão, uma proposta para a Constituinte", *Revista de Informação Legislativa*, janeiro-março de 1986, Brasília, pp. 49 y ss.
- _____, *Processos informais de mudança da constituição*, Max Limonad, São Paulo, 1986.
- DALLA VIA, Alberto R., *Instituciones de Derecho Político y Constitucional*, Tomos I-A, I-B y II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- DANTAS, Ivo, *Mandado de Injunção*, 2ª ed., Aide, Rio de Janeiro, 1994.
- DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1995.
- _____, *Mandado de injunção e habeas data*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

- _____, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985. Hay versión en español: *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, IJ de la UNAM, trad. de Nuria González Martín, México, D.F., 2003.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, enero-junio de 2005, IJ de la UNAM, México, D.F., pp. 3-28.
- DA SILVA VELLOSO, Carlos Mario, “Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, N° 92, outubro-dezembro de 1989, pp. 43 y ss.
- DE FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto, *Direito Processual Constitucional*, 2ª ed. revista e ampl., Atlas, São Paulo, 2010.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997.
- DE MORAES, ALEXANDRE, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; garantia suprema da Constituição*, Atlas, São Paulo, 2000.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 1988 (5ª reimpr., 1997), Ariel, Barcelona.
- _____, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1935 y ss.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, “El debate sobre la igualdad en la filosofía jurídica contemporánea. Una reseña temática”, *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, N° 49, Primer Trimestre de 1998, Madrid, pp. 793-823.
- DE VEGA, Pedro, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 273 y ss.
- _____, *Estudios político constitucionales*, IJ de la UNAM, México, D.F., 1987.
- _____, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 7, enero-febrero de 1979, CEC, Madrid, pp. 93 y ss.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

- _____, *Diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., CEDAM, Padova, 2004. Hay versión en español: *Derecho constitucional comparado*, 1ª ed., UNAM - Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, trad. de Claudia Herrera, México, D.F., 2004.
- DÍAZ REVORIO, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, enero-abril de 2001, CEPC, Madrid, pp. 81-130.
- _____, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001. Hay una edición más reciente con el mismo título: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 44, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2011.
- _____, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “Constitución, Ley, Juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 15, septiembre-diciembre de 1985, CEC, Madrid, pp. 9-23.
- Documento “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, en XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Vilna (Vilnius), Lituania (*Lietuvos Respublika*), mayo de 2008 (Fuente de Internet oportunamente consultada: www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES).
- DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1997.
- D’ORAZIO, Giustino, “Le sentenze costituzionale additive, la esaltazione e contestazione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N° 1, 1992, pp. 61 y ss.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1ª ed., 4ª reimpres., Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1999. Versión española de *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO J., *Estudios Constitucionales*, Ara Editores, Lima, 2002.
- _____, “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’), en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Édgar (coords.), ‘Tribunales y justicia

constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e IJ de la UNAM, México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002.

_____, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica, una visión comparativa*, Fundación Konrad Adenauer - CIEDLA, Grancharoff J.A., Buenos Aires, 2000.

ELÍA, Leopoldo, “Constitucionalismo cooperativo. Racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed. lit.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77-80.

_____, “Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale”, en *Scritti su ‘La giustizia costituzionale’, in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, pp. 299 y ss.

ERMACORA, Felix, “El Tribunal Constitucional austríaco”, en FAVOREU, Louis (coord.), *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, pp. 267-289.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Fundación Universidad Empresa - Civitas, Madrid, 1993.

ETO CRUZ, Gerardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Doctrina constitucional*, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales (INDEJUC), 1992, Trujillo, Perú, pp. 237-303.

_____, y CARPIO MARCOS, Édgar, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Reflexiones a propósito del caso peruano*, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, FUNDAP, Querétaro, 2004.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., “Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 31, 1991, pp. 117 y ss.

FALCÓN, Enrique (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, dos tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, pp. 51-73.

FAVOREU, Louis (coord.), “Los tribunales constitucionales”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coords.), *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

- _____, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, trad. de Vicente VILLACAMPA, Barcelona, 1994.
- _____, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ DE OLIVEIRA, Herzeleide Maria, “O mandado de injunção”, *Revista de Informação Legislativa*, N° 100, outubro-dezembro de 1988, pp. 47 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “La figura de la inconstitucionalidad por omisión portuguesa ante el siglo XXI”, en TAJADURA TEJADA, Javier (coord.), *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 229-262.
- _____, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° IV, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 3757 y ss.
- _____, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002.
- _____, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El Tribunal Constitucional español como legislador positivo”, *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. XV, N° 15, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 127-192.
- _____, “La *Judicial Review* en la *pre-Marshall Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 28, 2011, UNED, Madrid, pp. 133-178.
- _____, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 999-1035.
- _____, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Año 3, N° 7, abril-junho de 2009, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Edit., Rio Grande do Sul, pp. 47-80.
- _____, “El nuevo régimen jurídico de la *ação de inconstitucionalidade por omissão*: la Ley brasileña N° 12.063, de 27 de octubre de 2009”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Año 4, N° 10, janeiro-março de 2010, Programa de

Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Edit., Rio Grande do Sul, pp. 88-140.

_____, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 12, enero-diciembre de 2008, CEPC, pp. 135-198.

_____, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 7-39.

_____, “Los nuevos retos del Estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” (Conclusión), *El Derecho*, 25 de julio de 1994, Buenos Aires.

_____, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, pp. 15-31.

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 2002.

_____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*; en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*, Madrid, 2001.

_____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*, Madrid, 1997.

_____, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, N° 29, julio de 1997, Madrid, pp. 3-9.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “El juez y la creación jurídica”, *Revista del Poder Judicial*, Tercera Época, N° 49, Primer Trimestre 1998, Madrid, pp. 825-841.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários á Constituição brasileira de 1988*, Vol. II, Saraiva, São Paulo, 1992, pp. 230 y ss.

_____, “Estado de Direito e Constituição”, São Paulo, 1988, pp. 67 y ss.

FERREIRA MACIEL, Adhemar, “Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, N° 89, 1989, pp. 115 y ss.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, dos tomos, Porrúa, México, D.F., 2005.
- _____, (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., cuatro tomos, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa - IIJ de la UNAM, México, D.F., 2003.
- _____, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, dos tomos, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación e IIJ de la UNAM, México, D.F., 2014.
- _____, y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., 1ª reimpres., CEPC, Madrid, 2012.
- _____, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- _____, “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 41-52.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2013.
- _____, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., “La giustizia costituzionale locale in Messico. Analisi comparata e proposte di riforma”, en BAGNI, Silvia (coord.), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, BUP, trad. de Silvia Bagni, Bologna, 2013, pp. 219-243.
- _____, *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 43, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2011.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 81, junio-septiembre de 1993, CEC, Madrid, pp. 47 y ss.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El Derecho Procesal Constitucional de las entidades federativas en el ordenamiento mexicano. Reflexiones comparativas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, CEPC, Madrid, 2006, pp. 131-192.
- _____, “Ley sobre la organización, funciones y procedimientos del Tribunal Constitucional portugués”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 52, enero-abril de 1985, pp. 145 y ss.
- _____ y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6ª ed., Porrúa - IIJ de la UNAM, México, D.F., 2009.
- FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES EYRAS, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México”, *Anales de Jurisprudencia*, T° 138, Año XXXVI, enero-febrero-marzo de 1970, Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, D.F.
- GARBI, Carlos Alberto, “O silêncio inconstitucional”, *Revista de Direito Público*, de N° 97, janeiro-março de 1991, São Paulo, pp. 162 y ss.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, 1ª ed., Universidad de Oviedo (Servicios de Publicaciones), Civitas, Madrid, 1988, pp. 75 y ss.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001.
- _____, “La interpretación constitucional como problema”, en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, pp. 13 y ss.
- _____, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 61, 1989, pp. 5-18.
- _____, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985 (reimpres. 1991).
- _____, “La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español. Posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, enero-abril de 1981, CEC, Madrid, pp. 35-131.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Racionalidad y Derecho*, CEPC, Madrid, 2006.
- _____, “Constitucionalismo y Positivismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 54, septiembre-diciembre de 1998, CEPC, Madrid, pp. 367-381.
- GARCÍA LLOVET, Enrique, “Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A propósito de la STC 45/1990, de 15 de marzo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, septiembre-diciembre de 1992, CEC, Madrid, pp. 277-297.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, “La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos”, en BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 213-223.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas*, T° I, CEC, Madrid, 1991, pp. 223-734.
- GARCÍA TORRES, Jesús, “Un caso de suplencia jurisdiccional de la inactividad legislativa, la sentencia de la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas 4/1986, de 18 de abril”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 48, 1985, pp. 601 y ss.
- GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, dos tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GARRIDO MODESTO, Paulo Eduardo, “Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica)”, *Revista de Direito Público*, N° 99, julho-setembro de 1991, São Paulo, pp. 115 y ss.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2011.
- _____, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, pp. 1844-1845.
- _____, “La sentencia constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, N° 11, UNED, Madrid, 1981, pp. 7-27.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa - UNAM, México, D.F., 2002, pp. 316-319.

- _____, “La Justicia Constitucional, entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, mayo-agosto de 1994, CEC, Madrid, pp. 63-87.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Cuadernos de Derecho Constitucional, N° 1, Bosch, Barcelona, 2010.
- _____, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª ed. ampl. y actualiz., La Ley, dos tomos, Buenos Aires, 2008.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- GIL-ROBLES, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 62, CEC, Madrid, 1996.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 43, enero-abril de 1995, CEC, trad. de Francisco Caamaño, Madrid, pp. 9-23.
- _____, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- _____, “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito a emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas”, en *As garantias do cidadão na justiça*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 354-355.
- _____, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1, setembro-dezembro de 1988, CEC, trad. de Emilio Calderón Martín y Ascensión Elvira Perales, Madrid, pp. 239-260.
- _____, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- _____ y MARTINS MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, 3ª ed., Coimbra Edit., Coimbra, 1993.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador, una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- _____, “Derechos fundamentales y omisión legislativa, de nuevo sobre la televisión (A propósito de la STC 11/1994, de 31 de enero de 1994)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 84, octubre-diciembre de 1994, pp. 629 y ss.
- GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, IJ de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 2010, pp. 403-430.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, 2000.
- _____, “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 42, septiembre-diciembre de 1994, CEC, Madrid, pp. 117-149.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, Porrúa, México, D.F., 2006.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 110, CEPC, Madrid, 2001.
- _____, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, 1981-2000*, Civitas, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales”, *Revista de Administración Pública*, N° 178, enero-abril de 2009, CEPC, Madrid, pp. 361-367.
- GOUAUD, Christiane, “La Cour Constitutionnelle de la République de Hongrie”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, N° 5, septiembre-octubre de 1993, Paris, pp. 1243-1262.
- GREENHOUSE, Linda, *The U.S. Supreme Court. A very short introduction*, Oxford University Press, New York, 2012.
- GRIJALVA, Agustín, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia

(eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar —Sede Ecuador— y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 269-286.

GROPPI, Tania, “Corte Constitucional y principio de efectividad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio de 2009, IIDPC- Porrúa, trad. de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, D.F., pp. 191-216.

_____, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, pp. 343 y ss.

GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª ed., Porrúa - UNAM, trad. de Miguel Carbonell, México, D.F., 2003, pp. 1-21.

_____, *Estudios de Teoría Constitucional*, N° 8, Colección “Doctrina Jurídica Contemporánea”, UNAM, Distrib. Fontamara, trad. de José María Lujambio, México, D.F., 2001.

_____, “Sobre el concepto de Constitución”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, México, 2000, pp. 93 y ss.

_____, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.

_____, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, N° 34, marzo 1999, Madrid, pp. 39-46.

GURGEL DE FARIA, Luiz Alberto, *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa. Instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*, Juruá, Curitiba, 2001.

_____, “Mandado de injunção e ação directa de inconstitucionalidade por omissão, aspectos distintivos”, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, Vol. 128, septiembre 1994, pp. 21 y ss.

GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles, “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, 1995, EDERSA, Madrid, pp. 1003-1040.

HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 13, enero-

- junio de 2010, Universidad de Granada, trad. de Francisco Balaguer Callejón, Granada, pp. 379-411.
- _____, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, N° 11, 2008, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, trad. de Xabier Arzoz Santisteban, Buenos Aires, pp. 29-61.
- _____, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 125, Julio-Septiembre de 2004, CEPC, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, pp. 9-37.
- _____, *El Estado constitucional*, IJ de la UNAM, trad. de Héctor FIX-FIERRO, México, D.F., 2001.
- _____, “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, pp. 45 y ss.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Polity Press, trad. al inglés de William Rehg, Cambridge, 1996. Hay versión en español: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, Trotta, 5ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 2008.
- HAMMES, Elia Denise, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil, a dupla face do sentido da omissão”, *Revista Direito*, N° 16, julio-diciembre de 2001, Editora da UNISC, Santa Cruz do Sul, 2001, pp. 39-53.
- HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, Abeledo-Perrot, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963; del original *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfayt.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales”, en *Estudios Constitucionales*, Año I, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003, pp. 179-186.

_____, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 2001.

_____, “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 1, CEC, Madrid, 1997, pp. 89-120.

_____ y PÉREZ TREMPs, Pablo (coords.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª ed., CEC, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1992. Hay nueva versión, bajo la edición de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo - CEPC, Madrid, 2012.

_____ y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 3, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2005.

JANA LINETSKY, Andrés, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 53-70.

JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, trad. de Christian FÖRSTER, Madrid, 1991.

JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013.

_____, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Editores Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

_____, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 495-544.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

- _____, “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 171-205.
- _____, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 66, Actas de las ‘II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional’, Tribunal Constitucional - CEC, Madrid, 1997, pp. 15-79.
- JORGE PRATS, Eduardo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Ius Novum, Santo Domingo, 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991.
- _____, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public*, vol. 45, 1928, pp. 218-219.
- KENNEDY, Duncan, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 283-293.
- KFOURI NETO, Miguel, “A inconstitucionalidade por omissão”, *Lex, Jurisprudencia dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, núm. 125, enero-febrero 1991, pp. 16 y ss.
- KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.
- LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, M. Giard & Cie., Paris, 1921.
- LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1994.
- LATORRE SEGURA, A. y Díez-PICAZO, L., “Tribunal Constitutionnel espagnol”, con la colaboración de Pedro CRUZ VILLALÓN y Javier JIMÉNEZ CAMPO, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, referido a la ‘VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes’ (La Justice Constitutionnelle dans le cadre des Pouvoirs de L’État), Lisbonne, 26-30 avril 1987, Economica y Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1989, pp. 85-138.
- LAVAGNA, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1970.
- _____, “Sulle sentenze ‘additive’ della Corte costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, pp. 145 y ss.

- LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*, 14ª ed. rev. atual. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2010.
- LIJPHART, Arend, "Comparative Politics and the Comparative Method", *The American Political Science Review*, Vol. LXV, N° 3, septiembre de 1971, pp. 682 y ss.
- LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar, "Declaração de inconstitucionalidade", *Revista Trimestral de Direito Público* [Órgão do IDEPE IDAP], N° 5, Malheiros Editores, São Paulo, 1994, pp. 193-206.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina, *Sindicar a omissão legislativa. Real desafio à harmonia entre os poderes*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1986.
- LOPES LOURENÇO, RODRIGO, *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, IVAP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, CEPC, BOE, Madrid, 2000.
- _____, "Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho", en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Francisco J. (coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, Cortes de Castilla - La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 349-379.
- LÓPEZ PINA, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Serv. Publicac. Fac. de Der. Univ. Complutense de Madrid Civitas, Madrid, 1991.
- LOPO SARAIVA, Paulo, "O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional", *Revista de Informação Legislativa*, N° 108, septiembre-diciembre 1990, pp. 84 y ss.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vols. I y II, Tecnos, Madrid, 1972 y 1974.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- MADERO ESTRADA, José M., "La justicia constitucional local, un estudio particular del caso Nayarit" (www.poderjudicialags.gob.mx).

- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, “De la constitución normativa a la desnormativización constitucional, globalización y constitución débil”, *Jueces para la democracia (Información y Debate)*, 42, noviembre 2001, Madrid, pp. 40-48.
- MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle y ROMBOLI, Roberto, *Giustizia costituzionale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2013.
- MANGIA, Alessandro, “Il lento incedere dell’unità della giurisdizione”, *Giurisprudenza costituzionale*, N° 2-2007 (www.forumcostituzionale.it).
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, CEPC, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, “La aplicación judicial del derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 21, 1º sem. de 2008, Monográfico: “Orientación y método de derecho constitucional”, UNED, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 355-374.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 65, CEC, Madrid, 1997.
- MAZZAROLLI, Ludovico, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, CEDAM, Padova, 2000, pp. 95 y ss.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público*, N° 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, pp. 119-141.
- _____, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MEIRELLES TEIXEIRA, *Apostillas de Direito Constitucional*, Fadusp, São Paulo, 1961, pp. 80 y ss.
- MENDES, Gilmar, “Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional”, BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 985-998.
- _____, “Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei”, en *Revista de Informação Legislativa*, Año 32, N° 126, Brasília, abril-junio 1995, pp. 87-102.

- _____, “A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da ley ‘Unvereinbarkeitserklärung’ na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã”, *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 30, N° 118, abril-junio de 1993, Brasília, pp. 61-84.
- _____, “O apelo ao legislador (*Apellentscheidung*) na praxis da Corte Constitucional alemã”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXIII, Lisboa, 1992, pp. 265 y ss.
- MENDONCA, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos, “La primera acción de cumplimiento y la inconstitucionalidad por omisión”, *Diálogo con la jurisprudencia. Revista de crítica y análisis jurisprudencial*, Año II, N° 2, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, pp. 19 y ss.
- MILLÁN MORO, Lucía, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria, igualdad formal versus igualdad sustancial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, Año 2, enero-junio 1998, CEPC, Madrid, pp. 173-204.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- _____, “Informática e inconstitucionalidade por omissão”, *O Direito*, III, 1989, pp. 569 y ss.
- _____, “Inconstitucionalidade por omissão”, en *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pp. 333 y ss.
- MODUGNO, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en BARILE, Paolo, CHELI, Enzo y GRASSI, Stefano (coords.), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, II Mulino, Bologna, 1982, pp. 19 y ss.
- _____, “La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1646 y ss.
- _____, “Corollari del principio di ‘legittimità costituzionale’ e sentenze ‘sostitutive’ della Corte”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, pp. 91 y ss.
- MONTORO CHINER, Mª Jesús, “La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional ‘versus’ fracaso legislativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 110, 1986, pp. 263 y ss.
- _____, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad*, ‘Cuadernos y Debates’, N° 18, CEC, Madrid, 1989.

- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, CEPC, Madrid, 2011.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, pp. 447-483.
- 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*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 923 y ss.
- _____, “Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali”, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vol. IV [‘Aspetti del sistema costituzionale’], Vallecchi, Firenze, 1969, pp. 463-502.
- MOURA LOUREIRO DE MIRANDA, Jorge Manuel, “A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão”, *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v. 14, N° 1, janeiro-junho 2012, pp. 9-40.
- NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Colección Estudios Constitucionales, Universidad Anáhuac del Sur, México, D.F., 2003.
- NIETO, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, N°s. 100-102, Vol. I, enero-diciembre de 1983, pp. 371-415.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- _____, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El Derecho Procesal Constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2009.
- NUNES DE ALMEIDA, Luis, “Portugal”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 207-255.

- _____, “El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, *Revista de Estudios Políticos*, N^{os}. 60-61, 1988, CEC, Madrid, pp. 859 y ss.
- _____, “Le Tribunal Constitutionnel portugais”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, referido a la ‘VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes’ (La Justice Constitutionnelle dans le cadre des Pouvoirs de L’État), Lisbonne, 26-30 avril 1987, Économica y Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1989, pp. 197-221.
- OEHLINGER, Theo, “El Tribunal Constitucional austríaco”, en FAVOREU, Louis (coord.), *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, pp. 475-533.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, ‘Cuadernos y Debates’, N^o 19, CEC, Madrid, 1989.
- ORTIZ, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, N^o 44, mayo-agosto de 1995, CEC, Madrid, pp. 65-97.
- OTHON SIDOU, José Maria, “Las nuevas figuras del Derecho Procesal constitucional brasileño. Mandado de injunção y Hábeas Data”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N^o 70, IJ de la UNAM, México, D.F., 1991, pp. 169 y ss.
- PACE, Alessandro, *La causa della rigidità costituzionale*, CEDAM, Padova, 1995.
- PACZOLAY, Péter, “Le garanzie costituzionali”, trabajo presentado al evento “La nuova Legge fondamentale ungherese”, Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi, in collaborazione con il Consolato Generale d’Ungheria, Milano, 29 de noviembre de 2012; Fuente: http://mkab.hu/letoltesek/le_garanzie_costituzionali_pp.pdf.
- _____, “Changes in the competences of the hungarian Constitutional Court”, trabajo presentado al Simposio Internacional en ocasión del 50^o aniversario del Tribunal Constitucional de Turquía, Ankara, 25 y 26 de abril de 2012; Fuente: <http://mkab.hu/letoltesek/2012-04-25-changes-in-the-competences-of-the-hungarian-cc.pdf>.
- PALADIN, Livio, “Il controllo della Corte costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N^o 3, 1986, pp. 795 y ss.
- _____, “Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza, aprile 1979-dicembre 1983”, en *Scritti su ‘La giustizia costituzionale’, in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985.

- PANZERA, Claudio, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- PARDO FALCÓN, Javier, “Parlamento y Juez Constitucional en Francia, ¿un modelo de relaciones diferente o simplemente peculiar?”, en PAU I VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional*, ‘IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos’, Asociación Española de Letrados de Parlamentos - Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 197-216.
- PATIÑO CRUZ, Silvia y OROZCO SOLANO, Víctor, *La inconstitucionalidad por omisión*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PEGORARO, Lucio, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, CEDAM, Padova, 1987.
- PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 12, 2008, pp. 747-770.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 265 y ss.
- _____, *Los derechos fundamentales*, Colección “Temas clave de la Constitución española”, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- _____ “En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos”, separata de la *Revista de Ciencias Sociales*, N° 41, primer y segundo semestres de 1996, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, pp. 227-244.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, T° I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 66-68.
- _____, *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985.
- PEROTTI, Roberto, “Commento alla sentenza n. 78 del 2007 della Corte costituzionale”, *L'altro diritto*, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità (www.altrodiritto.unifi.it/sportell/078s2007.htm).

- PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3, völlig neu bearbeitete Auflage, München, 1991.
- PEYRANO, Jorge W., "La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión", en *Doctrina Judicial Procesal*, N° 6, julio de 2010, La Ley, pp. 76 y ss.
- _____, "Sobre el activismo judicial", en AA.VV., *Activismo y garantismo procesal*, Instituto de la Academia en la Región Centro, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLVII, Advocatus, Córdoba, 2009, pp. 11 y ss. Puede consultarse en versión PDF en www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/view.
- PICARDI, Nicola, "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale", en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 597 y ss.
- PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- PINARDI, Roberto, "L'inaffidabilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità", *Giurisprudenza Costituzionale*, vol. 1, 2013, pp. 377-383.
- _____, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Volume 78, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, Giuffrè, Milano, 2007.
- PINON, Stéphane, "El sistema constitucional de Francia", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, julio-diciembre de 2010, "La interacción constitucional entre la Unión Europea y los Estados Miembros (I)", Universidad de Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública, trad. del francés de Enrique Guillén López, Granada, pp. 17-74.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PINTO FERREIRA, Luiz, "A eficácia das normas jurídicas e a polémica das normas constitucionais inconstitucionais", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000.
- _____, *Comentários á Constituição brasileira*, Vol. IV, Saraiva, São Paulo, 1992, pp. 332 y ss.

- PIOVESAN, Flavia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed. revista, atualiz. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- _____ y DE CABO, Antonio, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 1822 y ss.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Jurisdicción constitucional costarricense”, en VV.AA., *Justicia constitucional comparada*, IJ de la UNAM y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México, D.F., 1993, pp. 133-155.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, trad. de Juana Bignozzi, Barcelona, 1987.
- _____, “Il controllo della Corte costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, N° 3, 1986, pp. 795 y ss.
- _____, “El Tribunal Constitucional italiano”, en FAVOREU, Louis (coord.), *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, pp. 233-266.
- _____, *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, trad. de Javier Jiménez Campo, Madrid, 1984.
- _____ y VARANO, Vincenzo (coords.), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985.
- POLICASTRO, Pasquale (coord.), “Costituzione della Repubblica Polacca del 2 aprile 1997. Tradotta ed annotata”, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, N°s. 121-122, 3º y 4º trimestres, 1998, pp. 123-220.
- POMEROY, John N., *An introduction to the constitutional law of the United States*, 6ª ed., Mifflin & Co., Houghton, Boston, 1881.
- POU PUJOLRÀS, Agustí, “Las sentencias del Tribunal Constitucional”, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (ed.), *Temas de Derecho Constitucional (1)*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 677-716.

- POZZOLO, Susana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, N° 21, Vol. 2 (1998), Universidad de Alicante, trad. de Josep M. Vilajosana, Alicante, pp. 339-353.
- PRATA, Ana, *A tutela da autonomia privada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 61 y ss.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y CAMPIONE, Roger, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano Estudio de una jurisdicción de la libertad*, CEPC, Madrid, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- _____, "El juicio de ponderación constitucional", en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 151-178.
- _____, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002.
- _____, "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", *Doxa*, N° 23, 2000, Alicante, pp. 178-180.
- _____, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- _____, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André, *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, Saraiva, São Paulo, 2007.
- PUNSET BLANCO, Ramón, "Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la Ponencia de J. JIMÉNEZ CAMPO)", 'Cuadernos y Debates', N° 66, Actas de las 'II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional', Tribunal Constitucional - CEC, Madrid, 1997, pp. 81-99.
- QUADRINI, Guillermo A., "El Poder Judicial Alemán. Análisis de la Ley Fundamental en relación al Tribunal Federal de 'Constitucionalidad' [sic]", *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2004, p. 2.
- QUARESMA, Regina, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- QUIÑONES DOMÍNGUEZ, Júpiter, "Esbozo sobre la omisión legislativa inconstitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 17, enero-junio de 2012, IIDPC - Porrúa, México, D.F., pp. 123-144.

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional latinoamericano*, IJ de la UNAM, México, D.F., 1991.
- _____, BENEDETTI, Miguel Á. y CENICACELAYA, María de las N., *Derecho Constitucional argentino*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, Argentina, 2001.
- RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el *cliché*”, *Lecciones y Ensayos*, N^{os}. 69-70-71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 43 y ss.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N^o 33, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2009.
- REBATO, María Elena, “Inconstitucionalidad por omisión y libertad informativa”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Francisco J. (coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, Cortes de Castilla - La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 111-135.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, *Direito Constitucional I. Introdução á Teoria da Constituição*, Cruz, Braga, 1979, pp. 369-370.
- “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: «A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslávia»”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N^{os}. 29-30, Lisboa, 1987.
- “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, *XII^a Conferência dos Tribunais Europeus: ‘As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias’*, Bruselas, 2002, (www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html).
- _____, *Conferências Tripartidas Portugal, Espanha e Itália: ‘A execussão das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador’*, Roma, 2001, (www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020201.html).
- _____, *II^a Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América: ‘Critérios, condições e procedimentos de admissão no acesso à Justiça Constitucional na perspectiva da sua racionalidade e funcionalidade’*, Madrid, 1998, (www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020302a.html#58).

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, septiembre-diciembre de 1993, CEC, Madrid, pp. 115-158.

_____, *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

_____, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010.

_____, PAJARES MONTOLIO, Emilio y RODRÍGUEZ-DRINCOURT, Juan (coords.), *IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional. 50 años de Corte Constitucional italiana y 25 años de Tribunal Constitucional español*, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, 2007.

RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, pp. 219 y ss.

RISSE FERRAND, Martín J., “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2001, Fundación ‘Konrad Adenauer’, Gráfica Grancharoff S.R.L., Buenos Aires, pp. 11-36.

ROCHA, Tiago do Amaral, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: estudo comparativo”, *Âmbito Jurídico*, XV, N° 98, março 2012, Rio Grande (Fuente: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11220).

RODRÍGUES MACHADO, Márcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, São Paulo, 1988, pp. 41 y ss.

RODRÍGUES WAMBIER, Luiz, “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas Constituições dos Estados-membros”, *Revista de Processo*, N° 65, 1992, pp. 75 y ss.

_____, *Tutela jurisdiccional das liberdades públicas*, Juruá, Curitiba, 1991.

ROJAS CHAVES, Magda Inés, “Control de constitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, mayo-agosto de 1991, San José de Costa Rica, pp. 9-33.

- ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, N° 28, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, Lima, 2008.
- _____, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Serie Ensayos Jurídicos, N° 7, IJ de la UNAM, México, D.F., 2002.
- _____, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 54, septiembre-diciembre de 1998, CEPC, trad. de Carlos Ortega Santiago, Madrid, pp. 39-83.
- _____, y GROPPI, Tania, “Tra Politica e Giurisdizione, Evoluzione e sviluppo della Giustizia Costituzionale in Italia”, *Cuestiones constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 2, enero-junio 2000, IJ de la UNAM, México, D.F., pp. 159-183.
- ROMBOLI, Roberto, “Italia”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 89-135.
- _____, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 48, septiembre-diciembre de 1996, CEC, trad. de Ignacio Torres Muro, Madrid, pp. 35-80.
- ROSATTI, Horacio D., *Tratado de Derecho Constitucional*, dos tomos, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2011.
- ROTHENBURG, Walter Claudius, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, Edit. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- ROTUNDA, Ronald D. y NOWAK, John E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, T° 5, 3ª ed., West Group, Saint Paul (Minn.), 1999.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Cuadernos y Debates, N° 141, CEPC, trad. de Isabel Ortiz Pica, Madrid, 2002.
- ROUSSILLON, Henry, “Le problème du controle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, N° 93, 1977, pp. 97 y ss.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1997.

- _____ (dir.), *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995.
- _____ y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, julio-diciembre de 2004, Porrúa e IIDPC, México, D.F., pp. 159-177
- RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut, en *Festschrift für Gebhard Müller*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1970, pp. 355 y ss.
- RUSCHEL, Ruy Rubén, “Contornos constitucionais do Mandado de Injunção”, *Ajuris, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, N° 45, marzo 1989.
- SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cuatro tomos, Hammurabi, Buenos Aires, 2009-2010.
- SÁCHICA, Luis C., *El control de constitucionalidad, sus mecanismos*, Serie Monografías Jurídicas, N° 9, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988.
- SAGÜÉS, 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 Constitucional’), en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Édgar (coords.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e IJ de la UNAM, México, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002.
- _____, “Un caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2001-III, Buenos Aires, pp. 1292 y ss.
- _____, “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, T° I, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, San José de Costa Rica, 2000, pp. 278-279.
- SAGÜÉS, María S., “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, T° IV, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México, D.F., 2003, pp. 3087 y ss.
- SALGADO PESANTES, Hernán, “La nueva Corte Constitucional del Ecuador”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 533-546.

- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, IJ de la UNAM, México, D.F., 2007.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ibáñez, Bogotá, 2005.
- SANDULLI, Aldo M., *Il giudizio sulle Leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 1967.
- _____, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien”, en MOSLER, Hermann (coord.), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Carl Heymann, 1962, pp. 308-309.
- SANDULLI, María Alessandra, “I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla *translatio iudicii*”, en *federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato (www.federalismi.it)*.
- SANTAOLALLA, Fernando, “Televisión por cable y control de las omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, mayo-agosto de 1994, CEC, Madrid, pp. 173-185.
- SANTIAGO (H.), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- SANTOS, Ulderico y LOPES MEIRELLES, Hely, *Mandado de segurança, ação popular, habeas data e mandado de injunção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.
- SANTOS VIJANDE, Jesús María, “«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su eficacia respecto de los tribunales ordinarios”, *Revista de Derecho Procesal*, 1995, N° 1, EDERSA, Madrid, pp. 181-258.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Derecho y garantías”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, 38, julio 2000, Madrid, pp. 47-55.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14 (www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).
- SCHÄFFER, Heinz, “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 1-51.
- SCHAPIRO, Robert A., “El mandamiento judicial legislativo: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, *Cuadernos Constitucionales*

de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N^{os}. 20-21, Universidad de Valencia, trad. de Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, Valencia, 1997, pp. 73-96.

SCHEININ, Martin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en Asbjørn EIDE *et al.*, *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995, pp. 41-62.

SCHEUNER, Ulrich, "Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext. Ein Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes", en *Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1973, pp. 330 y ss.

SCHLAICH, Klaus, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en FAVOREU, Louis (coord.), *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, pp. 133-232.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

_____, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.

_____, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971.

SCHNEIDER, Hans-Peter, *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991.

_____, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N^o 5, mayo-agosto de 1982, CEC, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, pp. 35-61.

_____, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", *Revista de Estudios Políticos*, N^o 7, 1979, CEC, Madrid, pp. 7 y ss.

SCIASCA, Gaetano, "Rassegna di Giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica Federal Tedesca (1951-1958)", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1959, pp. 1039 y ss.

SEIWERTH, Jakob, *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*, Walter de Gruyter, Berlín, 1962.

SEUFERT, Leo, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, Würzburg, 1969.

- SILVESTRI, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp. 1684 y ss.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985.
- SOLA, Juan V., “La Corte Suprema y el análisis económico del derecho”, *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 1225 y ss.
- SOUSA PINTO, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, 1982.
- SPADARO, Antonino, “«Due» custodi della Costituzione rumena? Una carta sospesa fra «sovranità» parlamentare e «supremazia» costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, Año XIV, N° 3, diciembre 1994, il Mulino, Bologna, pp. 451-466.
- SPRENGER, Irineu, *Mandado de Injunção*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979.
- STENDARDI, GIAN GALEAZZO, “Conseguenze giuridiche della mancata attuazione di norme costituzionale”, *Foro Padano*, 1953, IV, pp. 128 y ss.
- STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, CEC, trad. de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987.
- STETTNER, Rupert, “Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhaften Prognose”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 23, 1982, pp. 1123 y ss.
- STRENGER, Irineu, *Mandado de Injunção*, Forense, Rio de Janeiro, 1988.
- STURLESE, Laura, “Tribunal Constitucional y sistema institucional italiano”, en VV.AA., *Justicia constitucional comparada*, IIJ de la UNAM y Centro de Estudios Constitucionales México - Centroamérica, México, D.F., 1993, pp. 167-179.
- SUNSTEIN, Cass R., “Constituciones y democracias: epílogo”, en ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune y colabs., *Constitutionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública (A.C.), Fondo de Cultura Económica, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, D.F., 1999.
- TAJADURA TEJADA, Javier (coord.), *La Constitución portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, CEPC, Madrid, 2006.
- _____, “La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales”, en CORCUERA ATIENZA, Javier (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 443-464.

TAVEIRA BERNARDES, Juliano, “Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro”, *Mundo Jurídico*, 28 de janeiro de 2005; Fuente: www.mundojuridico.adv.br.

TEMER, Michel, “Límites do Mandado de injunção”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 34, 1989, pp. 112 y ss.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993.

_____, “A modo de sugerencia (Notas sobre las recomendaciones del TC al legislador)”, Conferencia Inaugural de las Jornadas sobre “El Parlamento y sus transformaciones actuales” (11 a 13 de abril de 1988), publicadas con este último título en GARRORENA MORALES, Ángel (ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 17-26.

TORRES DEL MORAL, Antonio y GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, *Revista de Derecho Político*, N° 35, 1992, UNED, Madrid, pp. 33-57.

TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C., *Interpretando la Constitución*, Palestra, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, 2010.

TROCKER, Nicolò, “Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)”, *Archivio giuridico ‘Filippo Serafini’*, Vol. 178, fasc. 1-2, 1970, pp. 88 y ss.

TUSHNET, Mark, *Why the Constitution matters*, Yale University Press, New Haven & London, 2010.

TUSSEAU, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 50, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, D.F., 2011.

VAGLI, Giovanni, “Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo”, en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. III, Coimbra Edit., Coimbra, 1998, pp. 1087-1110.

VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002.

_____, *Constitución y política*, 2ª ed., IJ de la UNAM, México, D.F., 1994.

VALLE FRANCO, Alex Iván, “Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia N° 001-1L-SIO-CC (Caso

- N° 0005-10-IO”, *Foro. Revista de Derecho*, N° 13, primer semestre de 2010, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, pp. 147-160.
- VANOSI, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- VECCHIO, Fausto, “Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, N° 14, julio-diciembre de 2010, “La interacción constitucional entre la Unión Europea y los Estados Miembros (I)”, Universidad de Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública, trad. del italiano por Valentina Faggiani, Granada, pp. 175-223.
- VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Revista del Instituto ‘Bartolomé de las Casas’*, N° 2, 1993-1994, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 487 y ss.
- _____, “Las sentencias ‘aditivas’ del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”, *Justicia* 93, N°s. III-IV, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 477-493.
- VELÁZQUEZ, Santiago, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, Edino, Guayaquil, 2010.
- VERSECK, Keno y PAPALEO, Cristina, “Hungria se despide del Estado de derecho”, 12 de marzo de 2013, Fuente: www.dw.de/hungr%C3%ADa-se-despide-del-estado-de-derecho/a-16665507.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2012.
- _____, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- _____, “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 8, 1996, pp. 117 y ss.
- VIVER PI-SUNYER, Carles, “Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿Puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 97, enero-abril de 2013, CEPC, Madrid, pp. 13-44.
- VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, bei Veit und Comp., Berlin, 1840. Hay versión en español: *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora y Cía. Edit., trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878-1879.

- WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53-88.
- WESSEL, Franz, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, pp. 161 y ss.
- VON BOGDANDY, Armin, FIX FIERRO, Héctor, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América latina*, IJ - UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 2011.
- WRÓBLEWSKI, Jerzg, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, “Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, enero-diciembre de 2002, CEPC, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, pp. 601-620.
- XIFRA HERAS, Jorge, *Curso de Derecho Constitucional. El Estado Moderno*, T° II, Bosch, Barcelona, 1962.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de MARINA GASCÓN, Madrid, 1999.
- _____, “Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali”, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, 1993, pp. 145 y ss.
- _____, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 296 y ss., 320 y ss.
- _____, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en VV.AA., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 117-118.
- ZAKRZEWSKA, Janina, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États socialistes”, en *Res Publica. Revue de l'Institut Belge de Science Politique*, vol. XIV, N° 4, 1972, pp. 771 y ss.
- 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”, en *Boletim de Documentação e Direito Comparado do Ministério de Justiça de Portugal*, N^{os}. 29-30, Lisboa, Portugal, pp. 61 y 64-69.

_____, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, referido a la ‘VII^{ème} Conférence des Cours Constitutionnelles européennes’ (La Justice Constitutionnelle dans le cadre des Pouvoirs de L’État), Lisbonne, 26-30 avril 1987, Economica y Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1989, pp. 37-57.

ZLINSKY, Nmeth y JÁNOSA, Agnes, “Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N^o 9, Madrid, 1991, pp. 251 y ss.

Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeo, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2014, en los talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda. Somos una empresa responsable con el ambiente.

VÍCTOR BAZÁN

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Miembro del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Profesor titular (catedrático) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina) de las siguientes asignaturas: Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional; y Derecho Internacional Público. Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Autor, coordinador y/o coautor de alrededor de 85 libros y autor de más de 220 artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional, publicados en Argentina y el extranjero. Profesor invitado de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor en diversas maestrías y otros programas de posgrado en universidades argentinas y extranjeras. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París), entre otras instituciones.