



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**“El ser y deber ser de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la
Inconstitucionalidad por Omisión”**

2013

Tutor: Dr. Facciano Osvaldo.

Alumna: Gutiérrez Poratti Luciana.

Título al que aspiro: Abogada.

Fecha de Presentación: Noviembre de 2013.

1-RESUMEN

El presente trabajo trata sobre el ser y deber ser de la corte suprema de Justicia de la Nación en la inconstitucionalidad por omisión, por lo que comienzo en el primer capitulo desarrollando el origen del control judicial dentro del contenido del derecho constitucional en la Argentina y su origen en el mundo. Se ha conceptualizado el concepto de constitución y el control de constitucionalidad, además de la estructura jerárquica de las normas. Sobre el final del mismo se hace mención y se destaca la importancia del principio de primacía constitucional como así también cual es el tratamiento de las tradiciones jurídicas en el mundo.

Además analizamos fallos que dejaron una marca en la historia constitucional como lo es “Marbury versus Madison”, donde la lógica de Marshall en su sentencia se sigue aplicando hasta nuestros días de forma cotidiana.

“Marbury versus Madison” asienta de una vez por todas el principio de supremacía constitucional.

Es decir su sentencia no refiere solamente al papel del Juez ante la ley inconstitucional sino que trata sobre todo del lugar de la constitución frente a la ley y por vía de consecuencia frente al resto del ordenamiento jurídico.

También hacemos referencia al caso “Sojo” sucedido en la Argentina.

La corte suprema de justicia de la Nación edifico su estructura judicial y su primera jurisprudencia alrededor del modelo estadounidense de control judicial difuso de constitucionalidad de las normas, así como pretorianamente la Corte estadounidense en “Marbury vs. Madison” gesto un control judicial difuso, la Corte Argentina hizo lo mismo en los casos “Sojo” y “Elortondo”.

Al tratar el tema de la omisión inconstitucional hablamos de la actividad legisferante del Poder Judicial y el principio de la división de poderes, las nuevas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y principios de aplicación de la inconstitucionalidad por omisión.

Mencionamos las notas que caracterizan la omisión legislativa pasible de la tacha de inconstitucionalidad, como la observancia total o parcial o defectuosa o irregular, dentro de un plazo determinado o dentro de un plazo razonable, de un concreto mandato constitucional que apareja la violación de derechos y garantías constitucionales reconocidos o produce la imposibilidad de ejercerlos plenamente.

También hacemos mención a las técnicas en el derecho comparado para los casos de inconstitucionalidad por omisión, como la aplicación por el tribunal supremo

de los principios que tienen sus fuentes en el derecho internacional a través de los tratados y en la propia constitución como es el caso de Argentina.

La inclusión de un mecanismo en la propia Constitución o en la sentencia judicial que resuelva el caso mediante la fijación de un plazo en todos los casos para que el poder político repare la omisión, declaración constitucional de operatividad de los derechos y garantías. Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda.

Puede contener el aditamento de que en caso de inactividad se procederá a declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada momentáneamente.

Considero que las omisiones deben ser salvadas por el propio legislador y de él se espera que cumplimente el mandato constitucional.

Asimismo el tribunal ante un caso de inercia legislativa debe hacer un balance previo que incluya la estimación del costo de los derechos en juego antes de elegir el instrumento a utilizar para remediar la situación planteada.

La prudencia debe ser la guía que acompaña en todo momento el accionar del tribunal constitucional.

Si bien dejamos en claro que no alentamos el activismo judicial deformante de su misión original porque sería intentar remediar un problema sumergiéndolo en otro más grande. Por el contrario lo que se propicia es que se conformen reglas claras, inteligibles para lograr precisión sin despojarlas de sustancia.

La protección de la ley debe contemplar la igualdad real de oportunidades, posibilidades y trato sino la sociedad quedaría inerte ante las infracciones antijurídicas violatorias de la constitución y la paz social, sin consenso, quedara sumergida en una peligrosa precariedad.

Es evidente que este control, con frecuencia nace de la desidia legislativa por lo que genera la sospecha en los otros dos poderes de invadir la esfera de su discrecionalidad, mérito y conveniencia de modo que siempre tendrá aristas polémicas, pero estas no pueden ser razón suficiente para renunciar a la aplicación del aparato conceptual que sostiene una modalidad efectiva de construir justicia día a día.

2-Estado de la cuestión

Nuestra constitución nacional en 14 bis dice:

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna para vivir.

Este artículo incorporado por la reforma del año 1957, es de gran importancia pero en la actualidad observamos que estos derechos, ya no son solamente una garantía que consiste en un abstenerse de intervenir o no avasallar el derecho de un ciudadano ("dejar hacer"), sino que significan que el estado debe garantizar estos derechos reconocidos al destinatario. La constitución Nacional tiene como garante en hacerla cumplir al Estado Nacional y las provincias que lo conforman.

Como se ha calificado a los derechos como "Derechos programáticos", para diferenciarlos de los llamados "Derechos Operativos", los cuales para poder gozarlos depende de normas inferiores que los reglamenten o de políticas de gobierno que los hagan operativos.

Mientras ello no ocurra, no son gozables por los ciudadanos, ya que los mismos no tienen plazos fijos de implementación y su goce queda sometido al arbitrio de los gobernantes de turno. Es allí donde surge el problema de la inconstitucionalidad por omisión y al no tomarse las medidas necesarias para su goce por parte de la población, se estaría violando la C. N. por omisión.

3-Marco teórico

Al analizar las funciones de los tribunales constitucionales o de los órganos encargados del control de constitucionalidad -según el sistema que se haya adoptado en cada país-, suele ser común referirse a la función no exclusivamente de legislador negativo sino también de legislador positivo que, cada vez más abiertamente, ejercen los órganos que han asumido la tarea de controlar la adecuación de la actividad (y de la inactividad también) de los demás poderes y de los particulares -según el caso- a la Carta Magna.

Esta actitud de los tribunales constitucionales asume diversas formas y se inscribe dentro de lo que Sagüés denominó “nuevas sentencias atípicas” rubro en el que señala: sentencias manipulativas admisorias, sentencias manipulativas desestimatorias, sentencias manipulativas aditivas o constructivas, sentencias manipulativas sustitutivas y sentencias exhortativas.

La inercia o pasividad del Poder Legislativo y su resultado; la omisión legislativa, parecen un campo fecundo para la actuación del tribunal constitucional a través de estas sentencias atípicas. Y más aún cuando, a diferencia de lo que ocurre con los órganos judiciales o administrativos, el Poder Legislativo continúa siendo irresponsable por su inactividad. Así, los tribunales constitucionales han abandonado su primitiva condición pasiva o negativa, en el sentido de limitarse a confrontar la norma con la Constitución y mantenerla o expulsarla según el resultado de esa confrontación, ampliando sus atribuciones mediante una suerte de iniciativa legislativa, generalmente oculta bajo el ropaje de las recomendaciones al legislador, y, en algunos casos, mediante la proposición de soluciones alternativas que modifican o subsanan las omisiones del legislador.

Sin embargo, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas parece no poder superar dos obstáculos que se presentan como insalvables: **el tema de la sanción que cabe a la omisión y el tema de la instrumentación de la obligación de legislar.**

A nadie se le escapa que la voluntad del legislador es irremplazable y no hay lugar para la coacción, como tampoco que declarar la inconstitucionalidad de la omisión y no sancionarla parece un remedio solamente cosmético.

No existen dudas acerca de que **el principio de supremacía constitucional supone necesariamente el control y consecuente sanción de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violentan la Carta Magna como en omisiones que contrarían los preceptos en ella consagrados.**

Wessel procede la clasificación comúnmente admitida que distingue entre omisiones absolutas y relativas.

Absolutas en tanto que falta cualquier disposición ulterior de desarrollo legislativo del precepto constitucional y relativas cuando la actuación del legislador ha sido parcial al producir una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras, aún tratándose de supuestos análogos, con consiguiente lesión del principio de igualdad.

La importancia práctica de la distinción está en sus efectos a la hora del ejercicio del control jurisdiccional; según Wessel, la omisión absoluta provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, no sucediendo lo mismo en los casos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa.

En las omisiones absolutas hay ausencia total de norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las omisiones 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.

Precisamente, lo que caracteriza a la omisión, **es el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional o de dotar de operatividad una cláusula por la que se reconocen o garantizan derechos.** Esto es, el presupuesto fáctico necesario para que se produzca la omisión inconstitucional es la inactividad o pasividad del órgano legislativo para cumplir, dentro de un plazo predeterminado por la misma Constitución o dentro de un plazo que se estime razonable, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la Carta Magna, de manera tal que se vea imposibilitada la ejecución de las garantías en ella contenidas.

La inactividad, pasividad, abstención, o quiescencia que se requiere para que se configure la omisión inconstitucional es una actitud calificada del legislador, con ello no me refiero a cualquier silencio o inacción del legislador, sino -y solamente- a aquellas omisiones con efectos jurídicamente relevantes desde el punto de vista constitucional y originadas en un mandato del constituyente. Es por ello que, en mi opinión, la importancia que debe asignarse al tema de la inercia legislativa radica, fundamentalmente, en el contralor ejercitable y en las posibilidades de corrección que pueden instrumentarse, no desde el punto de vista de la perfección a alcanzar en el desarrollo por el legislador de los principios y normas constitucionales ni del grado de celeridad con que se pongan en marcha los institutos u órganos previstos por el

constituyente, sino en la medida en que la pasividad del legislador provoque la lesión de los derechos o libertades reconocidos en la Constitución o impida su pleno ejercicio.

4-Introducción:

La temática a tratar en el presente trabajo final se engloba dentro del Derecho Público, a través del Derecho constitucional.-

Mi interés en este tema, el cual elegí para mi tesis, surge al plantearme que la inconstitucionalidad por omisión no debe existir. El ejercicio de nuestros derechos fundamentales no puede quedar sujeto a inacción de los legisladores. Para ello es necesario que se culmine con esta situación por el bien del Estado, de los gobernantes y gobernados. Para que esto no ocurra, es importante una regulación que ponga fin al vacío en que caen algunas normas por falta de una reglamentación de derechos fundamentales y de esta manera no se produzca una violación al principio de igualdad.

La finalidad de este trabajo será poder determinar cuál es la acción más adecuada para la protección de los derechos fundamentales que ante la omisión del Poder Legislativo y ejecutivo se ven restringidos, lesionados, alterados y/o amenazados.

Para ello se va a mostrar la problemática que acarrea la inactividad del Poder Legislativo y Ejecutivo. Se pasa revista al análisis conceptual que se ha elaborado en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión, tratando de responder a las preguntas básicas que se plantean desde un inicio: ¿qué es la inconstitucionalidad por omisión legislativa? ¿En qué momento es pertinente hablar de una infracción a la Constitución debida a la inactividad legislativa del órgano legislativo del Estado?

¿Cual es el rol de la Corte suprema de justicia de la Nación cuando tiene que realizar el control de constitucionalidad ante las omisiones legislativas, teniendo en cuenta el principio de supremacía constitucional existente en nuestro país?

¿ Es posible delimitar en un plazo razonable la actuación de los órganos que dejaron tal vacío legal y llenen tal laguna legislativa al respecto cuando se trata de derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución, sabiendo que la voluntad del legislador es irremplazable y no hay lugar para la coacción?

Nuestros **objetivos generales** consistirán en:

1- Poder determinar la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando debe salvar omisiones del legislador ante su inercia o pasividad al dejar al azar la reglamentación.

Con respecto a los **objetivos específicos**, estos son:

- 1- Análisis y comparación de los modelos y sistemas de control de constitucionalidad, exponer sus características principales.
- 2- Investigar los antecedentes jurídicos del control de constitucionalidad.
- 3- Análisis de las técnicas en el derecho comparado en materia de control de constitucionalidad.
- 4- Análisis de los presupuestos configuradores de la omisión inconstitucional.
- 5- Comparación de las distintas soluciones adoptadas en las distintas provincias para superar las omisiones del legislador.

1- Introducción

En este primer capítulo se realiza una suerte de introducción de los temas principales íntimamente relacionados con el tema específico elegido para desarrollar la tesis. Teniendo en cuenta que estos conceptos fundamentales y tan significativos son de primordial conocimiento al estudiar y abordar el tema central

2. La Teoría de la División de Poderes

No obstante ser originariamente esbozada por Aristóteles, fue recién con Locke cuando esta teoría fue examinada bajo el punto de vista de un gobierno representativo de la soberanía nacional. Siguiendo esta orientación, fue Montesquieu quien le dio en su libro “El espíritu de las leyes”, vuelo suficiente a tales ideas.

Dice Montesquieu “...en cada estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe de estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro, poder ejecutivo del estado.”¹

En la aplicación práctica de esta teoría “...la justicia quedó reducida a ser una rama de la administración, orgánica y funcionalmente débil, económicamente dependiente, con la sola función de aplicar la ley, sin discutir su mérito ni apreciar si tiene relación de correspondencia con las disposiciones constitucionales.”²

La base del constitucionalismo ha sido la idea de que el poder deriva del pueblo y deber ser controlado para preservar su libertad. En un principio existía la creencia de que la libertad sería asegurada a través de la descentralización antes de otro sistema.³

La idea proveniente del mecanicismo del siglo XVII de que el poder debía ser dividido y equilibrado con otros centros de poder era considerada la más eficaz para asegurar un sistema de control. Había una convicción de que los derechos humanos serían mejor conservados a través de la inacción del poder.

¹ MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, Ed. Porrúa S.A., México 1990, Libro XI, Cap. VI, pág. 104.

² FAYT, Carlos S. “La supremacía constitucional y la independencia de los jueces”, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 39.

³ CARRE de MALMBERG, “Teoría General del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México, 1948 - edición original de 1920-, pags. 26 y sigs.

En este modelo la centralización del poder en algún grupo era asociado a una tiranía, en cambio la división y separación de poderes significaba libertad.

En esta concepción era esencial que ninguna rama del gobierno asumiera tantas funciones que unificara el poder.

Esta concepción era diferente en Europa donde la división de poderes nunca existió. “ *Lo que constituye el Estado es el establecimiento, en el seno de la nación, de una potestad publica que se ejerce autoritariamente sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacionaldesde el punto de vista jurídico, la esencia propia de toda comunidad consiste primero en que , a pesar de la pluralidad de sus miembros y de los cambios que se operan entre éstos, se encuentra retrotraída a la unidad por el hecho mismo de su organización*”⁴

3. Control de Constitucionalidad: Modelos y Sistemas.

Para intentar arrimar algunas precisiones sobre el punto, seguiremos la postura de Manili en cuanto a que el sistema de control de constitucionalidad en el mundo occidental presenta tres variaciones: el modelo inglés, el continental europeo y el norteamericano.

En primer lugar tenemos el sistema británico que corresponde a la tradición jurídica del derecho común, no hay control judicial de constitucionalidad. Esto quiere decir que ningún juez interno, ni aún el Tribunal Superior constituido por la Cámara de los Lores, puede descalificar una ley dictada por el Parlamento ni una norma inferior, sobre la base que ello viola la Constitución.

Por otra parte, la tradición jurídica Continental europea fue estableciendo tribunales especialmente encargados de revisar la constitucionalidad de las leyes.

Las Cortes constitucionales europeas comenzaron con Checoslovaquia y Austria, luego Italia.

Este modelo se diagrama a partir de un solo órgano, por lo que es un sistema concentrado, el cual es fundamentalmente independiente de los poderes políticos y generalmente también, esta separado del poder judicial

⁴ ibidem, pags. 26 y sigs.

El tercer modelo es el norteamericano que nació con el recordado fallo “Marbury vs. Madison” del año 1803 y asignó la capacidad de control de los actos de los poderes políticos al poder judicial.

Se caracteriza por ser difuso, es decir aplicado por cualquier juez para casos concretos y con efectos “inter partes” y tener carácter vinculante a través de la doctrina del precedente o “stare decisis”

Manili dice que: *“Los tres modelos se asientan en filosofías distintas. El inglés, privilegia las acciones del Parlamento o sea las de los representantes del pueblo, el europeo la tecnicidad de un Tribunal especializado y autónomo que se compone con un mix jurídico y político y el norteamericano deposita su confianza en un Poder Judicial independiente, y por consiguiente, ajeno al vínculo directo con lo popular.”*⁵

Bidart. Campos hace una clasificación de los sistemas posibles de control, los cuales son: el político en el cual dicho control va a estar a cargo de un órgano político como por ejemplo el consejo Constitucional en Francia de 1958.⁶

El otro sistema va a ser el jurisdiccional donde este control va a ser ejercido por el poder judicial o jurisdiccional y este a su vez lo vamos a dividir en difuso, concentrado y mixto.

El sistema difuso que es aplicado en Estados Unidos por ejemplo, el control se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios diferente al sistema concentrado donde va a haber un órgano jurisdiccional único y específico con competencia exclusiva, tal sería el caso de Italia, Uruguay, España, etc.

A veces hay un órgano extrapoder que no forma parte del poder judicial como sería el caso de **Italia**.

Por otra parte está el sistema mixto que tanto los jueces ordinarios como un tribunal constitucional son los que tienen competencia en el control.

En el sistema difuso el control se ejerce por vía incidental mientras que en el sistema concentrado se aplica por vía principal o directa, esto es, en un sistema difuso las cuestiones de constitucionalidad no pueden ser sometidas a la decisión de los órganos judiciales en vía principal, sino todo lo contrario, la cuestión de constitucionalidad puede plantearse en vía incidental en ocasión de un proceso de carácter común y solamente en cuanto la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para decidir sobre un caso específico, concreto y cuya competencia sobre la

⁵ Manili, Pablo Luis, “Tratado de Derecho Procesal Constitucional” Tomo I, Ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. pág. 236 y sig.

⁶ Bidart Campos Germán J. “Manual de la Constitución Reformada” Tomo I, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán. Buenos Aires. 2001. pág.356.-

constitucionalidad la va a tener el mismo juez que decide en el caso concreto. Diferente es el sistema concentrado donde la cuestión constitucional va a ser resuelta por una Corte constitucional, a través de un proceso específico aunque también puede ejercerse por vía principal como incidental.⁷

Para concluir y en cuanto a los efectos de la sentencia judicial podemos decir que en el sistema difuso la decisión solo tiene carácter declarativo, decimos esto porque la norma en este caso va a seguir vigente, solo lo que va a hacer el tribunal es no aplicarla al caso concreto juzgado.

En cambio en el sistema concentrado la decisión judicial va a tener efecto constitutivo, es decir erga omnes, acá la norma va a ser derogada.⁸

Los inconvenientes del control constitucional difuso es que da una mayor inseguridad jurídica porque como vimos anteriormente este no produce una derogación de la norma. Esto provoca que puedan existir decisiones diferentes sobre la validez de una misma norma pero tiene la ventaja de permitir conocer todas las posibilidades que una institución jurídica pueda tener.

De esta manera una norma que es constitucional en una época puede no serlo en otra.

Por otra parte esta el sistema kelseniano difiere de la revisión constitucional de las leyes americanas, en el sistema difuso americano donde todos los jueces están habilitados para no aplicar las leyes cuando estas sean contrarias a la constitución, el sistema Kelseniano confía el control a un solo tribunal constitucional el cual es el único habilitado para que declare la inconstitucionalidad. Por lo que los tribunales que estén en el proceso de aplicar una ley tendrán que dirigirse a este tribunal ya que los mismos no pueden no aplicar una ley inconstitucional.

Kelsen sostiene que hasta que el tribunal constitucional no haya declarado la ley inconstitucional dicha ley va a ser válida, por ese motivo los jueces ordinarios no pueden dejar de aplicarla.

Otro dato a tener presente es que las sentencias de este tribunal constitucional son para el futuro, son sentencias constitutivas.

⁷ Bidart Campos Germán J. "Manual de la Constitución Reformada" Tomo I, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán. Buenos Aires. 2001. pág. 356 y sigs.

⁸ Ibidem, pág.358.

Para Kelsen la Corte constitucional no es una Corte propiamente dicha porque la corte no enjuicia un caso concreto sino que controla que la compatibilidad de dos normas abstractas, eliminando la norma que sea incompatible con la norma suprema.

No se genera una nulidad de pleno derecho sino la anulabilidad de la sentencia.

La consecuencia es que la corte no aplica normas previas a hechos concretos sino solo declara la incompatibilidad de una ley con la constitución y elimina las que no se ajustan a ella. Es un órgano legislativo, solo que no es un legislador positivo que va a tomar la iniciativa de dictar leyes sino de legislador negativo, o sea que elimina.

3.a) El Modelo Estadounidense

En los Estados Unidos las colonias inglesas tenían magistrados y cortes locales. Por eso, al ser sancionada la constitución de 1787, los constituyentes norteamericanos incluyeron en el preámbulo la cláusula “constituir” la justicia, en el sentido de incorporar a la ley fundamental órganos con funciones judiciales o jurisdiccionales.

De esta manera estructuraron el llamado Poder Judicial Federal, encargado, entre otras materias, de velar por el mantenimiento de la separación horizontal, sobre un pie de igualdad de los órganos del poder del estado que creaban en ese momento (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Tal innovación, según Fayt, proviene de que *“Los americanos del Norte carecían de un modelo que imitar sobre el Poder Judicial y fueron los primeros en reconocerle una fracción del poder político en el ejercicio de su función jurisdiccional... Los Estados Unidos –según Eduardo Laboulaye- dieron un salto gigantesco al crear un Poder Judicial independiente, al que confió la guarda de la Constitución. En consecuencia, la invención realizada por los Estados Unidos consiste en haber colocado entre la Constitución, el Congreso y el Presidente, un poder que puede decirles: “La Constitución es la ley suprema de la Nación, es la ley de ustedes y la mía; ni ustedes ni yo podemos violarla”.*⁹

Queda claro entonces que los Estados Unidos de Norteamérica no adoptaron el sistema inglés.

⁹ Fayt, Carlos S., ob. cit., pág. 39.

Se concreta entonces en el sistema americano un nuevo órgano de poder, el Poder Judicial, independiente y con facultades específicas propias, en especial, la facultad de ejercer el control y la supremacía constitucional.

En varios de los ensayos publicados en “El Federalista”, Hamilton, Madison y Jay, describen las bondades de la Constitución de Filadelfia de 1787 sobre el punto.

Así lo expresa Publio¹⁰ al sostener que “... *siempre que determinada ley contravenga la Constitución, los tribunales tendrán el deber de apegarse a la segunda y hacer caso omiso de la primera.*”¹¹

También resulta aleccionador el siguiente párrafo, principalmente en lo que refiere al accionar de los jueces respecto de la defensa de la Constitución, y a la posibilidad de injerencia de los otros órganos del poder; “... *Si los tribunales de justicia han de ser considerados como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esta a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencia para el fiel cumplimiento de tan arduo deber*”¹²

De acuerdo con los postulados expuestos, “*Aparecen consagradas expresamente en la Constitución Americana las garantías de garantías, es decir, la inamovilidad en el cargo y la irreductibilidad de la remuneración, con el fin -según Frankfurter- de asegurar a un cuerpo de hombres a quienes le confiaba la administración de justicia, las seguridades para que sean tan libres, imparciales e independientes como la suerte de la humanidad lo permita.*”¹³

Con estas trascendentes innovaciones en lo que refiere al poder judicial, los E.E.U.U. se constituyen en el “*primer y único país del mundo que se creó como democracia, que fue construido paso a paso, por acuerdos, pactos, declaraciones de derechos y libertades entre individuos libres, entre los cuales todos tenían el mismo*

¹⁰ Seudónimo con el cual publicaba Hamilton sus notas y apuntes para “El Federalista”, en la Edición de Mc Lean, New York MDCCLXXXVIII.

¹¹ Hamilton – Madison - Jay, “El Federalista”, Fondo de Cultura Económica, México, 3º reimpresión, 1982, pág. 333.

¹² *Ibidem.*

¹³ Fayt, Carlos S., *ob. cit.*, pág. 18.

derecho y la misma oportunidad. Es el primer pueblo que haya tenido una constitución escrita, de hecho, el pueblo que creó la constitución escrita.”¹⁴

Tal magnífica creación del hombre se erigió en un ejemplo digno de ser imitado.

Las naciones que con posterioridad a la Constitución de Filadelfia debieron darse una carta magna, tomaron como hito obligado a la ley suprema norteamericana, paradigma de respeto a los derechos del hombre y a la organización democrática de los estados modernos.

En el modelo estadounidense lo novedoso fue la constitución escrita, la que servía para poder tomar una decisión sobre la validez de las leyes del parlamento. Reconocer el control constitucional a favor del poder judicial le otorgaría un control sobre el poder legislativo.

El modelo de EE.UU de control de constitucionalidad es contrario al modelo europeo, que no aparece escrito en la constitución. La Constitución estadounidense crea una corte suprema sin establecer el número de miembros por la que va a estar compuesta, como tampoco va a establecer el período que van a durar en sus mandatos.

El control en el modelo estadounidense es ejercido por los órganos que se encuentran en la órbita del poder judicial, así de esta manera, la judicatura tiene como fin invalidar una prescripción legal opuesta a la Constitución y eso sin que ninguna norma constitucional lo indique.

Este sistema es difuso y descentralizado porque el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier juez. Este sistema lo adoptaron varios países con distintas variantes, como por ejemplo, se expresa dicho control en la constitución a diferencia de lo que no ocurre en el modelo estadounidense.

En otras constituciones se optó por que dicho control de constitucionalidad sea ejercido por un tribunal específico, o sea se pasó a un régimen concentrado, donde atenderá asuntos sobre inconstitucionalidad además de otras ramas.

Existen otras constituciones que agregan al control reparador de constitucionalidad un control preventivo, también ejercido por el poder judicial.

Y por último hay constituciones que le dan al fallo validez erga omnes.¹⁵

¹⁴ Kahler, Erich, "Historia universal del hombre", Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1965, pág. 387.

Características del Sistema Estadounidense

Teniendo en cuenta lo expuesto podemos concluir haciendo mención a las características más importantes de este sistema que a nuestro entender son: Que al recaer el control en los magistrados judiciales, decimos que se trata de un sistema difuso.

Además este control no lo realiza un órgano específico, sino que todos los jueces tienen competencia para ejercer esta función.

Por otro lado este control se realizara en el seno de un proceso judicial, y que si bien esta cuestión no es el objeto principal del litigio, es necesario que sea resuelta para dicha solución.

Aquí vemos que los jueces ejercen este control de constitucionalidad en los casos concretos que se plantean ante sus estrados, lo ejercen a pedido de las partes interesadas y que tengan un interés concreto en que no se aplique la norma inconstitucional.

Si bien mencionamos las principales características es importante no dejar de tener en cuenta que los tribunales judiciales no ejercen el control sobre las cuestiones no justiciables, políticas o actos de gobierno, que los jueces se pronuncian sobre la inconstitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias, produciendo efectos que, en principio, se circunscriben al caso concreto, pero que en varios otros tienen un alcance más genérico.

Esta resolución judicial solo va a afectar a las partes y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no se extienden al resto de la norma, que va a seguir vigente en el ordenamiento. La sentencia es declarativa y por tanto con efectos ex tunc.

El hecho de tratarse de una jurisdicción difusa no da lugar a una jurisprudencia dispersa o contradictoria, porque la fuerza vinculante del precedente actúa como correctivo del sistema.

3.b) Modelo Europeo: El Parlamento Ingles

¹⁵Sagüés, Néstor P "Compendio de Derecho Procesal Constitucional" Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma SRL. Ciudad de Buenos Aires. 2009, pág. 18 y sigs.

En la visión europea, la magistratura estaba reducida a una función administrativa de aplicar la ley, sin reconocérsele parte de poder político, y mucho menos la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad. Así lo expresa Sagües cuando expone *“La doctrina europea no siempre organizaba a la judicatura como poder del Estado, negándole además la condición de poder político. Generalmente se la divisaba como una función administrativa (de ejecución de la ley), aunque con cierta autonomía funcional, pero sin contar con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes”*.¹⁶

Tal es el caso del sistema inglés; allí, si bien los jueces son competentes para interpretar las leyes dictadas por el Parlamento es éste el encargado de actuar como intérprete final de la Constitución inglesa, en última instancia, por medio de una ley o por la Cámara de los Lores.

Ya sea con la revolución de 1688 o con el “Act of Settlement”, la justicia inglesa gozó de independencia y su conducta estuvo libre de sospechas; los jueces no eran como lo pretendía Montesquieu, autómatas sin alma, no obstante lo cual, no podían revisar una ley del Parlamento en quien residía la supremacía dentro del proceso gubernamental.

Este sistema de control a cargo del órgano legislativo parecería un anacronismo, porque se asigna a quien sancionó la norma la función de controlar si se ajusta o no a la constitución. Consiste, pues, en un autocontrol. Expresa Loewenstein, con propiedad, *“...quien ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en su defensor. No se puede esperar de la Asamblea Legislativa, o de la mayoría de sus miembros que se corrijan a sí mismos.”*¹⁷

En este control parlamentario hay subtipos entre los cuales median algunos matices que los diferencian:

Tenemos el sistema parlamentario estricto que se da cuando el poder legislativo es quien realiza un autocontrol, es decir realiza un control de constitucionalidad de sus mismas leyes y de las normas dictadas por entes legisferantes inferiores. Un ejemplo sería el caso de CUBA.

¹⁶ Sagües, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Bs. As., 1993, Tomo I, pág. 473.

¹⁷ Loewenstein, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona-España -, 1979, pág. 617.

Por otra parte dentro del mismo sistema tenemos el sistema parlamentario y de comisión parlamentaria delegada, aquí el control de constitucionalidad lo realiza una dependencia del poder legislativo.

Se ejerce este control por el mismo poder legislativo con el asesoramiento de esa repartición subordinada. Un ejemplo es la constitución de URSS de 1977 donde compete al Presidium del Soviet Supremo de ese país controlar la observancia de la constitución de la URSS y asegurar que las constituciones y leyes de las repúblicas federadas se correspondan con la constitución y leyes de la URSS.

Además se encuentra el sistema parlamentario y de Fiscalía General donde la función de control de constitucionalidad es compartida entre el parlamento y el ministerio público.¹⁸

4. El Sistema Dual en Perú

García Belaunde señala que el Perú se inclinó inicialmente por el control a cargo del Poder Judicial el cual alcanzó rango constitucional en 1979, habiendo sido reiterado por la Constitución de 1993, actualmente vigente.¹⁹

Perú paralelamente al control de constitucional difuso a cargo de los integrantes del poder judicial incorporó un Tribunal Constitucional de efecto concentrado, esto es lo que se denomina sistema dual o paralelo. Perú sostiene dos modelos de control de constitucionalidad.²⁰

De acuerdo a este sistema paralelo, los integrantes del poder judicial poseen la capacidad del control de constitucionalidad de las leyes y al mismo tiempo el tribunal constitucional va a conocer en última instancia las acciones de garantía, acción de inconstitucionalidad y conflictos de competencias entre determinados órganos del estado.

¹⁸ Sagüés, Néstor P., "Compendio de Derecho Procesal Constitucional", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma SRL. Buenos Aires, 2009, pág. 27 y sigs.

¹⁹ García Belaunde, "La Jurisdicción constitucional en Perú, en García Belaunde – Fernández Segado (coords.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica" p. 827 a 854.

²⁰ Las razones de la incorporación al sistema peruano del modelo europeo continental de tribunal constitucional obedeció a razones políticas, producto de la desconfianza hacia el Poder Judicial de los constituyentes de 1979, con motivo de la connivencia de muchos de sus integrantes con los actos de la dictadura militar que rigió el país entre 1968 y 1980 (García Belaunde), "La Jurisdicción constitucional en Perú, en García Belaunde – Fernández Segado (coords.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica" p. 833.

Perú a partir del año 1979 hace coexistir el modelo difuso con el modelo concentrado.

En el título preliminar de su constitución se destaca que las sentencias dictadas por el Tribunal constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen un precedente vinculante cuando lo exprese de esa manera la sentencia.

Si por el contrario, el tribunal decidiera apartarse deberá expresar y fundar sus razones.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. También el código procesal constitucional peruano establece los principios que deben tenerse en cuenta en estos procesos, como por ejemplo el deber de impulsar de oficio los procesos, interpretar el contenido y alcance de los derechos constitucionales de conformidad con los tratados, y aplicar las leyes de acuerdo a los principios constitucionales conforme a la interpretación del tribunal constitucional.

Según Palomino Manchego, el legislador peruano ha impetrado, dentro del principio de dirección judicial, el principio inquisitivo, por el que lo faculta para investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite, y lo autoriza para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.²¹

Un principio importantísimo es el de socialización del proceso, donde el juez debe evitar que la desigualdad de las personas por distintas razones como ser raza, religión, idioma, o condición social afecte el resultado de dicho proceso.

Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la justicia a favor de uno u otro litigante. *“En consecuencia, la igualdad de las partes ante el proceso constitucional ha de significar que en el caso del proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, y por otro lado que no se puede concebir que se*

²¹ Eto Cruz – Palomino Manchego, Tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo: su íter legislativo y sus principios procesales, en PALOMINO MANCHEGO (coord.), “Derecho procesal constitucional peruano”, t. 1, p. 233 a 388. En contra de esta doctrina procesal activista se alza la escuela garantista del derecho procesal, entre cuyos maestros más relevantes se encuentra ALVARADO VELLOSO, quien sostiene que el debido proceso constitucional obliga al juez a asumir una posición imparcial y equidistante frente a las partes (ver, en general, El juez: deberes y facultades, y Sistema procesal. Garantía de la libertad).

manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que a una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos.”²²

5. Los Sistemas Latinoamericanos mixtos

Para Amaya la justicia desarrollada en América Latina es una de las más variadas del mundo y que cada país ha diseñado su propio sistema siguiendo los parámetros de los modelos descriptos oportunamente.

La mayoría de los países latinoamericanos opto por un modelo judicial difuso de control de constitucionalidad con efecto inter partes, disponiendo paralelamente características del modelo concentrado el cual permite impugnar la ley directamente ante el tribunal constitucional que se encuentre fuera del poder judicial o ante una corte que se ubica dentro del poder judicial.(Colombia)

De esta manera el modelo estadounidense se combina con el modelo concentrado atribuyendo a las sentencias dictadas por estos tribunales efectos erga omnes.

Esto ocurre por ejemplo en Bolivia, Ecuador, Guatemala.

En Panamá esta la corte suprema de justicia quien tiene la jurisdicción constitucional, es decir es el único que puede anular por inconstitucionalidad las leyes, actos administrativos y hasta las decisiones judiciales.

El sistema argentino y el panameño son los dos extremos, uno es judicial difuso puro y amplio, y el otro es judicial concentrado y amplio.

El control concentrado se percibe como un control a posteriori con excepción de Chile donde opera un tribunal constitucional bajo un sistema de control preventivo siguiendo el modelo francés.

El sistema concentrado ha sido diseñado de maneras distintas en América latina, por ejemplo hay un sistema en el cual el control va a estar a cargo de la corte suprema de justicia o una sala dentro de la corte suprema.

²² Eto Cruz – Palomino Manchego, Tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo: su iter legislativo y sus principios procesales, en PALOMINO MANCHEGO (coord.), “Derecho procesal constitucional peruano”, t. 1, p.298.-

La otra es un sistema concentrado combinado con el difuso, donde el control va a ser compartido por todos los jueces de manera difusa y por la corte suprema o tribunal constitucional de modo concentrado a los cuales se accede por acción popular o por legitimados específicos.

En la mayoría de los países donde se combinan ambos sistemas las sentencias de las cortes o tribunales constitucionales son erga omnes, de carácter constitutivo y con efecto ex nunc.

En los sistemas concentrados las decisiones de las cortes supremas solo tienen efectos inter partes con excepción de Panamá, donde los efectos de las sentencias son erga omnes.

Los países en los que establecieron tribunales constitucionales fuera de la órbita del poder judicial son Chile, Guatemala, Bolivia, Ecuador.

Colombia tiene una corte dentro del poder judicial y otros países establecieron salas dentro de las cortes supremas con potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales.

Brasil, México, Panamá y República Dominicana son los países que han atribuido al pleno de la corte o tribunal supremo la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales.

Así solo Argentina y Uruguay son los países que un control de constitucionalidad con efectos únicamente para el caso concreto.

6. Conclusión

En el presente capítulo se ha desarrollado la teoría de la división de poderes, los distintos modelos y sistemas de control de constitucionalidad, haciendo una comparación entre el modelo estadounidense y el modelo europeo. Sobre el final del mismo se analiza el sistema de control en Perú y por último se hace una descripción de los modelos de justicias desarrollados en América Latina siguiendo los parámetros de los modelos descriptos oportunamente.

1. Introducción

Habiendo despejado las dudas en cuanto a los distintos sistemas y modelos de control de constitucionalidad, iniciaremos este capítulo esbozando unas líneas para intentar definir el control de constitucionalidad, dar un concepto, analizar la jurisprudencia que dio origen a este control de constitucionalidad en los casos “Marbury vs. Madison”, “sojo”, “Municipalidad de la Capital c/viuda de Elortondo”.

Sobre el final de este capítulo se describe el sistema de control de constitucionalidad en Argentina y efectos de los diversos sistemas en el orden federal y en el derecho constitucional provincial en la Argentina

2. ¿Que es el control de constitucionalidad?

El **Control de constitucionalidad** es el mecanismo jurídico para asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en la constitución, se realiza a través de un procedimiento por el cual se revisan las normas ordinarias, y en caso de surgir una contradicción con la Constitución se procede a la abolición de dichas normas de rango inferior que no hayan sido hechas en conformidad con aquellas. El pilar de este control es mantenimiento, conservación, vigilancia y cuidado del Principio de Supremacía Constitucional.

Por lo tanto, las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces deben sujetarse a la norma de mayor jerarquía.

Hay estados donde tienden a abarcar a casi todas las normas en vigor, y otros estados donde no es así. En la mayoría de los países abarca actos normativos, mientras que en forma esporádica comprende omisiones normativas.

Puede verse sometido a control de constitucionalidad cualquier norma, acto u omisión estatal por órganos pertinentes.

Esto casi nunca ocurre, ya que la mayoría de los sistemas son de carácter parcial, como por ejemplo en el régimen de Estados Unidos donde las cuestiones políticas no son justiciables.²³

²³ “Como han sido los propios jueces quienes han ideado el estándar de las “cuestiones políticas” son ellos quienes determinan cuales cuestiones “son políticas” y cuales no lo son, pudiendo del mismo modo decir cuando una cuestión deja de ser “política” para ser plenamente justiciable, y hasta podrían llegar a decir que la categoría misma de las “cuestiones políticas” ha perdido existencia en un momento dado de la evolución jurisprudencial”. Vanossi, Teoría Constitucional, t. II, p. 186.

Para esto, contar con una simple declaración escrita de derechos resulta insuficiente sino se crean mecanismos que sean suficientes para poder resguardarlos.

Los diferentes derechos constitucionales nacionales han establecido diferentes medios en cuanto al órgano encargado de la tarea de contralor, a los sujetos legitimados para provocar su ejercicio, a las vías por las que el órgano puede ser impulsado, los ámbitos que caen bajo la esfera controlada y los efectos que el pronunciamiento de tal órgano acarrea.

Dada la estructura federal de nuestro estado, decimos que la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico político del estado y la constitución en cuanto federal prevalece sobre el derecho provincial.

Además después de la reforma del año 1994 en el artículo 75 inciso 22 tenemos tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, por consiguiente tales tratados tienen igual supremacía que la constitución.

3. El origen del control judicial de constitucionalidad

“Marbury Vs. Madison”

Tocqueville, en la Democracia en América, dice:

“Los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundar sus fallos sobre la constitución más bien que sobre las leyes En otros términos, los han autorizado para no aplicar las leyes que les parezcan constitucionales....en los Estados Unidos la Constitución domina los legisladores como a los simples ciudadanos.

Ella es, pues, la primera de todas las leyes y no podría ser modificada por una ley.

Es pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente que a todas las leyes. Esto afecta la esencia misma del Poder Judicial. Elegir entre las disposiciones legales aquellas más estrechamente unidas con la Constitución es en cierto modo, el natural derecho del magistrado....”²⁴

²⁴ Cfr. TOCQUEVILLE, Alexis de, “La Democracia en América, T. I, Madrid, 1911, pág. 120.

El leading case *Marbury c/ Madison* del 1803, ha sido el antecedente inmediato de los estados unidos y con su ejemplaridad suscito un seguimiento y una imitación dentro y fuera de los estados unidos. De allí se transplanto a nuestro derecho

Es sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho constitucional y en todo el sistema de control de constitucionalidad. Se establece que el poder judicial tiene autoridad para revisar los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Marbury versus Madison es probablemente el caso más famoso del constitucionalismo moderno. Todos los manuales de derecho constitucional de los Estados Unidos comienzan con su exposición para explicar el significado de la Constitución de ese país. Pero el interés del caso va más allá del constitucionalismo norteamericano y se instala en la discusión sobre el lugar que debemos dar a la Constitución dentro del sistema jurídico.

En realidad su sentencia no se limito a enunciar derechos formales, sino que se elaboro un marco garantista imprescindible para el control judicial que debe afirmar que los jueces sean neutrales e inamovibles, aislados del proceso político y con el deber de anular la actuación de los poderes públicos a petición del ciudadano, si considera que viola los derechos fundamentales.²⁵

Dicha sentencia ha establecido las siguientes premisas, entre las que mencionaremos tres de las mas importantes, como ser: el deber del poder judicial es aplicar la ley, otra seria que cuando hay dos leyes contradictorias, se debe aplicar una y desechar la otra, y por ultimo la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Sin embargo no debe dejar de tenerse en cuenta que la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser válida.

Tampoco que la negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

El Congreso está limitado por la Constitución y si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

²⁵ Neuborne, Burt, " El Papel de los Juristas y del Imperio de la ley en la Sociedad americana, Traducción de Monserrat Cuchillo Foix, Civitas, Madrid, 1995, p. 54.

Por lo tanto concluimos: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

La pregunta sería porque una ley inconstitucional debe ser simplemente inaplicada y no opta por decretar su expulsión del ordenamiento jurídico, de forma que nunca más pueda ser aplicada?

Lo que queda claro a partir de los postulados de la sentencia es que *cualquier juez* que se enfrente a una norma constitucional debe inaplicarla, estableciéndose de esta manera el control “difuso” de la constitucionalidad, en oposición al modelo europeo que se expresa en un órgano concentrado: el tribunal Constitucional.

Para Marshall *“La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los Estados Unidos de América en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder se extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los Estados Unidos de América y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los Estados Unidos de América. Al distribuir este poder la Constitución dice: “En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que algún Estado fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación”*²⁶

4. El origen del control de constitucionalidad en la Argentina.

Jurisprudencia.

²⁶ El art. 3º de la Constitución de los Estados Unidos de América establece “Sección I. El Poder Judicial de los Estados Unidos de América será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiera autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservaran sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanecieron en sus funciones.

Sección II. Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los Estados Unidos de América, y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad, de todas las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la Nación sea Parte, de las causas que se susciten entre dos o más Estados, y entre ciudadanos del mismo Estado que demandaren tierras concedidas por diferentes Estados, y entre una provincia, o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”.

De acuerdo al modelo norteamericano surgido a partir del living case “marbury vs. Madison citado, la jurisprudencia argentina tuvo un paradigma a imitar, y poco tardò en hacer propios los postulados propuesto en el citado caso a los cuestiones domesticas.

Asì, con el afân de dejar esbozada el origen del control de constitucionalidad en nuestro país, se hará referencia a dos caso que revisten importancia en cuanto al punto en examen, estos son el caso “Sojo” y el de “Municipalidad de la Capital C/ Elortondo, de 1887 y 1888 respectivamente.

“Sojo”

En nuestro país el primer precedente referido al control de constitucionalidad lo constituye el caso “Sojo”.²⁷

Se analiza en este fallo la facultad de la Corte para conocer originaria y exclusivamente en el mismo ó si por el contrario, le compete dicho conocimiento a otro Juez del Poder Judicial.

Por un dibujo aparecido en el periódico Don Quijote, el 4 de septiembre de 1887, el redactor, Eduardo Sojo, fue puesto en prisión por orden de la Cámara de Diputados de la Nación hasta el término del periodo de sesiones.

Sojo interpuso una acción de habeas corpus ante la Suprema Corte, fundando la competencia de la misma para entender en esta cuestión en el art. 20 de la ley del 14 de septiembre de 1863 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales.

Dice la Suprema Corte:

“la misión que incumbe a la Suprema Corte de mantener a los diversos poderes, tanto nacionales como provinciales de la esfera de las facultades trazadas por la Constitución, la obliga a ella misma a absoluta estrictez para no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales.

En estos casos, (los de jurisdicción federal establecidos por el articulo anterior) dice el art. 101, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso, pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuere parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

La garantía acordada por el recurso de habeas corpus, fundada en la igualdad ante la ley, no tiene otra excepción que cuando la persona ha sido objeto de un

²⁷ Cfr. CSJN, Fallos, 32:120.

mandato indebido contra su libertad, pueda extraer un conflicto internacional. En los demás casos, el juez más inmediato, mas expedito en sus resoluciones, es y debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal.

No es posible reconocer en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, de cuyo mandamiento de prisión procede el recurso entablado de habeas corpus, el carácter de tribunal en el caso, sujeto al recurso de apelación para ante esta Corte. Ello es repugnante a la independencia de los Poderes Legislativo y Judicial y a otros principios fundamentales del orden constitucional que nos rigen. Para tal consideración sería necesario que esta Corte hubiese sido investida de la facultad de revisar los actos de las Cámaras Legislativas en los casos en que ellas tienen peculiar y exclusiva jurisdicción, lo que no se puede sostener sin evidente error.

No puede fundarse pues, el derecho de ocurrir en apelación a esta Corte, de un acto de una Cámara Legislativa, en que se recurre en los Estados Unidos de autos de los jueces o tribunales de justicia.

Por las consideraciones expuestas, se declara que esta Corte no tiene jurisdicción originaria en la presente causa, debiendo el recurrente ocurrir donde corresponda”.²⁸

“Municipalidad de la Capital c/ Viuda de Elortondo”

Este caso trata de la expropiación de una franja de terreno adyacente a la faja que constituiría la Avenida de Mayo.

La Corte, partiendo el que el derecho de propiedad es uno de los más enérgicamente protegidos por la Constitución razón por la cual la facultad de expropiar es un privilegio, una excepción a favor del Estado, llega a la conclusión de que solo puede realizarse en la medida necesaria y con el propósito de financiar las obras proyectadas.

La viuda de Elortondo²⁹, afectada contesto a las demanda de expropiación presentada por la Municipalidad sosteniendo la inconstitucionalidad de la declaración de

²⁸ Sola, Juan Vicente, “Control Judicial de Constitucionalidad” 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2006, pág. 185 y sigs.

“utilidad pública” de la franja adyacente no utilizada en la obra vial por violar el derecho de propiedad Art 17 de la Constitución Nacional.

La corte expreso en este fallo que "es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, contribuyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios del poder público". -³⁰

5. Límites al control de constitucionalidad

A pesar de los medios con los que cuentan los tribunales para ejercer el control de constitucionalidad, existen límites.

Los supuestos no controlables son las llamadas cuestiones políticas en la que la judicatura no se pronuncian por exceder su jurisdicción.

Dentro de ellas, se registra la existencia de un estado de guerra, la forma de gobierno republicana de un Estado, la validez de los tratados, la jurisdicción de los Estados Unidos sobre las islas en alta mar, etc.

Sin embargo no existe definición acerca de lo que es una cuestión política y por consiguiente es el tribunal el encargado de determinarlo.

Estas cuestiones políticas no se determinan sobre la base de la división de poderes, sino de una categoría práctica y oportunista, fundada en el deseo del Tribunal de no situarse en oposición con el presidente ni con el Congreso.

²⁹ Desde su constitución (1863) la Corte Suprema ejerció el control de constitucionalidad sobre normas reglamentarias o legales. En “Sojo” no lo hace expresamente, optando por no aplicar la norma cuestionada. Pero al año siguiente, en el caso “Elortondo”, que trataba sobre la expropiación de terrenos para construir la Avenida de Mayo y donde se cuestionaba si la facultad del Poder Legislativo para declarar la utilidad pública podía cubrir un espacio mayor que el necesario para la obra pública, la Corte admitió el derecho de la actora a que se limitara el poder expropiatorio, declarando la inconstitucionalidad de la norma nacional, en cuanto excedía lo requerido estrictamente para la construcción de la Avenida (Fallos, 33: 193).

³⁰ Sola, Juan Vicente, “Control Judicial de Constitucionalidad” 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2006, pág. 188 y sigs.

Gargarella sostiene que los casos de control de constitucionalidad de la Corte Suprema deberían agruparse en dos áreas:

- 1- Casos referidos a los procedimientos de la discusión democrática.
- 2- Casos referidos a la protección de la autonomía individual.

Dentro de la primera categoría se encontrarían las cuestiones políticas.

Gargarella dice: que las cuestiones políticas están destinadas a excluir del control de constitucionalidad a esta causa que es una de las que deberían estar más vigiladas.³¹

6. Nuestro sistema de constitucionalidad: El modelo argentino.

Nuestros constituyentes, deseosos de dar a la incipiente república cimientos sólidos e instituciones democráticas, no fueron ajenos a la tentación de acudir -a modo de ejemplo digno de imitar- a los postulados de la constitución del país del norte.

De este modo se tomó dicho sistema en torno a la revisión e interpretación judicial de las leyes. Al respecto la doctrina recuerda una discusión entre Sarmiento y Alberdi.

El primero sostenía que nuestra constitución era una copia textual de la Constitución de los Estados Unidos, al punto tal que tanto la jurisprudencia como la labor de los tratadistas norteamericanos hacían autoridad en la República Argentina y podían ser invocadas en juicio; fundaba su postura en la transcripción hecha de las sesiones constituyentes en las que José Benjamin Gorostiaga sostuvo que *“la Constitución Argentina está vaciada en el molde de la de los Estados Unidos del Norte, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”*³². Mientras tanto Alberdi opinaba que *“...todo es diferente en las dos constituciones Argentina y Norteamericana, respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal, que les es común, las asemeje al ojo del observador inatento y superficial”*³³.

Sobre el punto Longhi sostuvo *“Inspiración, pero no copia; e inspiración tal solo en cuanto a la forma de gobierno”*³⁴.

³¹ Sola, Juan Vicente, “Control Judicial de Constitucionalidad” 2ª ed. – Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2006. pág. 271 y sigs.

³² Casiello, Juan, Derecho Constitucional Argentino, Ed. Perrot, Bs. As. 1954, pág. 91.

³³ Ibidem.

³⁴ Para un mayor estudio del tema consultar a Longhi, Luis R., Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1945, T. I, pág. 678 a 688.

Para concluir la discusión resultan significativas las palabras de Casiello quien sostiene que “...Podemos concluir que la constitución del 53 fue una adaptación de diversas fuentes, particularmente del texto norteamericano, pero con innovaciones y modificaciones tan sustanciales, que permiten afirmar que se trataba de un texto original, con características perfectamente diferenciadas, en exacto ajuste con antecedentes patrios similares y con las exigencias de modalidades propias...”³⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente en el *Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal de 1860*, se reconoció que “...la base del criterio de la Comisión al formular sus reformas, ha sido la ciencia y la experiencia de la Constitución análoga o semejante que se reconoce como más perfecta –la de los Estados Unidos-, por ser la más aplicable, y haber sido la norma de la constitución de la Confederación”³⁶ lo que revela la marcada trascendencia en la formación de nuestra constitución de la carta magna norteamericana.

La Republica Argentina es un Estado federal con constitución rígida (según el artículo 122, la Constitución nacional, las provincias se dan sus propias instituciones, u se rigen por ellas). Sus artículos 31 y 75 incisos 22 y 24 establecen el principio de supremacía constitucional y el orden jerárquico del derecho positivo argentino.

Esta regla enuncia que toda norma jurídica debe estar de acuerdo con la Constitución y que su violación implica un vicio.

Nuestra constitución no prevé expresamente la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes, como si sucede en la mayoría de los países de Latinoamérica.

Si bien el nacimiento del control de constitucionalidad obedeció –tal como se expresó- a una creación jurisprudencial en los casos “Sojo” y “Elortondo”.

En efecto, en el primero de ellos, merece destacarse respecto a la actuación de la Corte Suprema -en su primera constitución fue el caso “Sojo”³⁷-, porque allí, la corte por mayoría decidió que prevalezca el texto constitucional ante el conflicto con una ley ordinaria emanada del congreso de la Nación.

³⁵ Casiello, Juan, ob. cit., pág. 93.

³⁶ citado en FAYT, Carlos S., ob. cit., pág.20.

³⁷ Fallos T 32, pág. 120 (1887).-

De esta forma nuestro Alto Tribunal requirió su potestad para revisar la validez de una ley y verificar si ella es acorde a la constitución, permitiendo en lo sucesivo controlar a los otros poderes públicos.

En el caso “Municipalidad de la Capital vs. Elortondo” se refuerza su potestad interpretativa en materia constitucional, el artículo 116 de la Constitución nacional dice que Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución”, siendo esta suprema puede entenderse que el Poder Judicial está obligado a inaplicar las normas contrarias a ella.

Por lo tanto podemos decir que la facultad del ejercicio del control de constitucionalidad se lo puede caracterizar de la siguiente manera:

Es judicial y difuso, porque cualquier juez, de cualquier jurisdicción y competencia, posee la facultad de control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado. El máximo tribunal del país es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que tiene competencia originaria (art. 117 de la Constitución Nacional), por apelación ordinaria (art. 116)³⁸, y por apelación extraordinaria³⁹. Si bien no rige la doctrina del **precedente obligatorio**, la Corte Suprema ha decidido dar a su jurisprudencia un cierto efecto vinculante.

Ello así porque, los jueces tienen el deber moral de seguir sus decisiones pudiendo apartarse del criterio de la Corte Suprema, pero dando fundamentos de las razones. Los jueces solo pueden pronunciarse dentro de los litigios que tramiten ante ellos.

Con respecto a la legitimidad⁴⁰ podemos decir que el sujeto que tiene legitimación activa para provocar el control indirecto es el titular del derecho que se intenta valer, debe haber un interés. Es incidental, ya que no hay, una vía directa por

³⁸ La competencia ordinaria de la Corte Suprema deriva de este artículo, que establece la competencia federal, y lo es siempre por apelación. Corresponde intervenir cuando de esa materia se trate.

³⁹ La competencia extraordinaria de la Corte Suprema en ejercicio del control de constitucionalidad deriva del artículo 116 de la Const. Nacional, en tanto dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, del art. 31, que establece el principio de supremacía y el orden jerárquico del derecho positivo, y del art. 75 inc. 22, que otorga superioridad a los tratados respecto de las leyes y reconoce jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enunciados y a los que en el futuro la obtengan. Asimismo, el art. 43, como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, dispuso que en el caso de la acción de amparo el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

⁴⁰ HITTERS, La jurisdicción constitucional en Argentina, en García Belaunde – Fernández Segado (coords.), “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica” p. 283 a 305.

medio de la cual se proponga una acción de inconstitucionalidad pura o directa ante la Corte Suprema de Justicia.

Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos. La jurisdicción federal se ejerce solo en casos contenciosos. El control de constitucionalidad se efectúa a pedido de alguna de las partes de la causa.

El control de constitucionalidad recae sobre cualquier norma o acto de jerarquía inferior a la Constitución.⁴¹

La Corte Suprema argentina ha elaborado la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales, que se base en el principio de división de poderes, reconociendo facultades privatistas de los Poderes al Estado.

Las sentencias tienen efectos que son inter partes, es decir se circunscriben al caso concreto, careciendo de efecto erga omnes⁴², por lo que la norma impugnada sigue siendo válida en el firmamento jurídico, hasta que no sea derogada por la autoridad que la aprobó.

No rige la doctrina del precedente o stare decisis, al estilo del derecho anglosajón. Por medio del recurso extraordinario se puede arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que se ejerza el control de constitucionalidad.

La Corte Suprema tiene un alto margen de discrecionalidad en la selección de los asuntos.

Otra herramienta restrictiva con que cuenta el tribunal son las precisas limitaciones de interposición del recurso extraordinario y del de queja, que impuso la Corte Suprema. La Corte Suprema creó la *per saltum*, como una nueva forma de control constitucional ante la existencia de un fallo de un tribunal inferior que pueda generar gravedad institucional abocándose a su conocimiento es que el pleito le sea llevado por vía impugnativa.

⁴¹ Son controlables mediante el control de constitucionalidad las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, actos administrativos, sentencias, tratados internacionales, constituciones provinciales, actividad de los particulares, e incluso la propia reforma de la Constitución Federal, que emana del poder constituyente derivado.

⁴² Sin perjuicio de este principio, característico del sistema, en función del modelo, la Corte suprema de justicia ha extendido los efectos de algunas de sus sentencias de manera plural, tal el caso en CSJN, 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decr. 1563/04 s/amparo", LL, 2009-B-157, Y JA, 2009-II-608, donde el alto tribunal dio nacimiento pretorianamente a las acciones de clase.

Si bien esta doctrina se encuentra en desuso por parte de la composición actual del tribunal, siempre existe la posibilidad de que la Corte Suprema la retome, dado que como se ha dicho todo es relativo a ella.

Otra vía de control de constitucionalidad es el amparo, acción de defensa constitucional que origina un proceso sumario, por medio del cual se impugna un acto lesivo que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta infringe un derecho reconocido por la Constitución., el artículo 43 autoriza al juez a declarar al inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación: Roles y tendencias.

Según la visión de Amaya, la corte suprema de justicia argentina no ha podido mantener ver al tribunal como guardián de los derechos y garantías individuales, como depositaria de la confianza pública y protectora de la seguridad jurídica de la Nación frente a las situaciones de emergencia económica y política.⁴³

Como sabemos el modelo estadounidense que siguió Argentina concede al tribunal una función mucho más amplia que la de sólo tribunal de justicia.

Como poder del Estado la Corte, no solo decide por medio de sus fallos, sino que además gobierna, o sea fija políticas que emanan de la interpretación de los actos de gobierno mediante el ejercicio de control de constitucionalidad.⁴⁴

Así la doctrina, ha reconocido a la corte como una institución política.

En contra de esta posición se encuentra Manili, quien dice: “...mas allá del rol fundamental de control de constitucionalidad que le asigna la Constitución Argentina a la Corte suprema, la función de esta es controlar y no hacer política, por lo que el supuesto “rol institucional” o “función política”, son expresiones que pueden dar lugar a una justificación para el acompañamiento de las mayorías circunstanciales.”⁴⁵

⁴³ Amaya, Jorge Alejandro, ¿Esta en crisis nuestro control federal de constitucionalidad? LL, 2005 - F- 1257.-

⁴⁴ Como vimos, los Estados Unidos de América y la Republica argentina son los únicos dos países, en el continente americano, que mantienen un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso puro, pues en el resto rigen sistemas concentrados o mixtos.

⁴⁵ Manili, completar nombre, “Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Pág. 39

Podemos decir que las líneas que dan el perfil del tribunal máximo son la de tribunal contramayoritario cuya función mas importante es la de ejercer un control constitucional del poder político frente a los derechos individuales y la preservación de los derechos de las minorías y la visión del tribunal como garante del proceso democrático cuya función es la de preservar las reglas del proceso democrático.

Tendencias de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, máximo tribunal de Justicia, constituye en la trilogía de poderes diseñada por la Constitución estadounidense de 1787, un órgano que excediendo su función de administrar justicia, cogobierna (junto con los poderes electivo) por medio de sus sentencias, actuando desde la perspectiva institucional originaria, como un poder contramayoritario.

Según la posición de **Amaya**, la Corte Suprema ha mantenido a lo largo de los últimos año, una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático, y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos.

La identidad contramayoritaria ha sido ejercida contraintuitivamente, en señal de apoyo, las más de las veces, del gobierno mayoritario y no en actitud de control.⁴⁶

Ningún presidente argentino, con honrosas excepciones, se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su pensamiento político o con sus ideas.⁴⁷

⁴⁶ Según un importante sector de la doctrina estadounidense, en la mayoría de los casos los jueces de la corte suprema de un país se han mantenido leales al presidente que los designo. Así lo dice con toda claridad Tribe cuando describe lo que el denomina "el mito del presidente sorprendido" (god save this honorable court. P 50 y sigs.

⁴⁷ Hasta 1946 todos los gobiernos respetaron la renovación natural del alto tribunal, producida siempre de manera parcial por muerte o retiro de sus magistrados. Desde ese año en adelante todos los gobiernos militares o civiles designaron su propia Corte Suprema, con excepción de los gobiernos de Guido, Illia y De la Rúa, aunque hay que aclarar que en el caso de los gobiernos de Cámpora y Alfonsín, la situación no se presenta como desvaliosa, porque sucedieron a gobiernos militares.

Oyanarte *“...la militancia política en la medida en que sirvió para acreditar adhesión intelectual a la fórmula política dominante en cada etapa fue siempre tenida en cuenta y es natural y justo que así haya sido habida cuenta de las funciones de coparticipación política que incumben a la corte suprema”*⁴⁸

Así si cotejamos el posicionamiento de la Corte Suprema en casos que enfrentaron derechos individuales frente a políticas de gobierno, se vera que en la inmensa mayoría de los casos el alto tribunal de inclino por apoyar las políticas del gobierno mayoritario. Si bien hasta la reforma constitucional de 1994, la única emergencia que mocionaba el texto constitucional era la política del estado de sitio previsto en el artículo 23, la emergencia económica nació en la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de los fallos “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”⁴⁹ de 1922, y “Avico c/ de la Pesa”,⁵⁰ de 1934.

La prudente doctrina de los fallos precedentes, seguidos durante varias décadas, se amplió considerablemente en “Russo c/ DelleDonne”,⁵¹ y en la causa “Cine Callao”⁵², hasta desbordarse en “Peralta, Luís, c/ Estado Nacional s/amparo”⁵³ fallo de nuestro máximo tribunal que fuera fuertemente criticado por la doctrina.

La posición oficial de la Corte Suprema argentina en torno a la emergencia económica que sentara en “Peralta” dejo una sensación de imprevisibilidad en sus criterios, que afecto seriamente la seguridad jurídica de la Nación.

Ante esta situación, la Corte Suprema produjo dos fallos jurídicamente alentadores⁵⁴, pero su enfrentamiento con el poder político y su falta de credibilidad social no le permitieron sostenerse en una situación de tanta inestabilidad institucional.

El proceso de recambio de sus integrantes no mejoro la situación y la doctrina de la emergencia se afianzo en la concepción jurídica de la nueva

⁴⁸ Oyanarte, historia del poder judicial, “todo es historia”, n° 61, pag. 94.-

AMAYA, JORGE A. “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”- 1° ed. – Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL. 2012, Pág. 222.

⁴⁹ FALLOS, 136: 170

⁵⁰ FALLOS, 172: 71

⁵¹ FALLOS, 243: 472

⁵² Fallos, 247: 121

⁵³ Fallos, 313:1513

⁵⁴ CSJN, 1/2/02, Smith, Carlos A. C/ Estado Nacional”, JA, 2002 -I- 237, Id., 5/3/03, “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional”, LL, 2003 -B -537, JA, 2003 I- 188, y ED, 201-377.-

composición de la Corte Suprema, que en varios casos fallo afectando muchos derechos del ordenamiento constitucional.⁵⁵

8. Los sistemas en las provincias argentinas.

Las provincias establecen sus propios sistemas de control de constitucionalidad siempre que el conflicto verse entre normas locales y la constitución provincial y siempre que no se encuentre en juego una cuestión federal simple o compleja.

Así si bien la Republica Argentina mantiene un sistema de control judicial difuso, a nivel estadual los sistemas locales en muchos casos son similares al modelo de control de constitucionalidad kelseniano dando a la declaración de inconstitucionalidad efectos derogatorios erga omnes a la declaración de inconstitucionalidad dictada por el Superior Tribunal de Justicia Local⁵⁶ siempre teniendo presente las características de judicial y concreto.

Como sabemos existen distintos mecanismos a través de los cuales podemos plantear el control de constitucionalidad, como ser la vía incidental donde la decisión

⁵⁵ CSJN, 13/7/04, "Cabrerá, Gerónimo R y otro c/ Estado Nacional " JA, 2004 - III-186, Id., 26/10/04, "Bustos, Alberto R y otros c /Estado Nacional y otros s/amparo", JA, 2004-IV-257, id., 5/4/05, "Galli, Hugo G y otro c/ PEN - ley 25.561 y decís. 1570/01 y 214/02 - s/amparo, JA, 2005-II-376, id, 27/12/06, "Massa, Juan A. C/ Estado Nacional", JA, 2007-I-187, e id, 15/3/07, "Rinaldi, Francisco A y otro c/Guzmán Toledo, Renal, C, y otra", JA, 2007-II-537.

⁵⁶ Esta tendencia no llega a sustituir el control a cargo del Poder Judicial por un control en manos de un único tribunal especial de constitucionalidad o corte constitucional, propio del sistema europeo. Por el contrario, el único vestigio en esta dirección incorporado por la Constitución de Tucumán de 1990, fue eliminado por la reforma constitucional de 2006, que suprimió al Tribunal Constitucional que nunca llegó a establecerse.....En efecto, la provincia de Tucumán en su reforma constitucional de 1990, previó la incorporación de un Tribunal constitucional, un verdadero tribunal especial con facultades de control concentrado, abstracto, con sentencias de efectos erga omnes. Se diseñaba un sistema dual, por un lado, con control en el caso a cargo de los jueces con efectos limitados al caso y, simultáneamente, por el otro, un control abstracto a cargo del tribunal constitucional con alcance derogatorio" (Día Ricci, Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los Estados Provinciales de Argentina, " Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", n° 11, p. 149 a 190, y el Tribunal Constitucional "non nato" de Tucumán. Una curiosidad argentina, "Revista Peruana de Derecho Público", n° 3, 2006, p. 87 a 110.

dada por el juez va a tener efectos inter partes y es de naturaleza declarativa y con efecto ex tunc, el habeas corpus, el amparo y la acción de inconstitucionalidad.

Las reformas constitucionales posteriores a 1994 fueron las que aplicaron en sus constituciones la acción directa de constitucionalidad, reconocida en dieciocho textos constitucionales.⁵⁷

Inicialmente la reconocieron las constituciones de las provincias de Neuquén, Chaco, Río Negro y La Pampa.

Pero con diferencias en cuanto ante quien interponer esta acción, ya que mientras que en la provincia de Río Negro y La Pampa esta acción se entablaba ante los jueces de Primera Instancia, en el Chaco la acción de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Superior de Justicia en competencia originaria y exclusiva.

Por otra parte tenemos la constitución de Formosa de 1957 y la de Misiones de 1958 donde si bien admitieron la interposición de esta acción de inconstitucionalidad no determinaron ante que tribunal interponerla.

Esta determinación se indico más tarde en el Código Procesal Civil y Comercial.

Con posterioridad las reformas producidas entre 1983 y 1994 consagraron el instituto La Rioja, San Juan, Jujuy, Salta, Córdoba, San Luís y Tierra del Fuego.

Todas estas provincias establecieron en sus respectivas constituciones que la acción directa de inconstitucionalidad se radicara ante el Superior Tribunal de Justicia con competencia originaria y exclusiva.

A partir de la reforma del 94 se sumaron las provincias de Buenos Aires, Chubut, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santiago del Estero, quienes también asignaron al Tribunal Superior la competencia originaria y exclusiva de esta acción de inconstitucionalidad.

En algunas provincias el procedimiento se encuentra regulado en un proceso especial dentro del Código Procesal Civil y Comercial.⁵⁸

⁵⁷ La provincia de Buenos Aires fue pionera en establecer, mediante una ley, una acción declarativa de inconstitucionalidad, introducida en su Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de 1906 (ley 2958), aunque no contaba con una cláusula en su constitución sobre el particular.

Pero en otras provincias como ser el caso de Córdoba, San Juan, Chaco y Chubut no hay establecido un procedimiento propio y por lo tanto se lleva a cabo mediante la acción meramente declarativa prevista con carácter general en su Código Procesal Civil y Comercial.

Las provincias de Entre Ríos, Tucumán y Mendoza no han regulado de manera expresa esta acción de inconstitucionalidad pero la han establecido en leyes especiales o en su Código Procesal a cargo de los jueces de primera instancias como es el caso de Tucumán y Mendoza o ante un Tribunal superior de Justicia como es el caso de Entre Ríos.

En la provincia de Corrientes, Santa Cruz, Catamarca y Santa Fe al igual que la Nación, no esta reconocida esta acción de inconstitucionalidad ni en su legislación procesal ni en sus constituciones.

Lo que se hace aquí es interponer una acción meramente declarativa regulada en sus respectivos códigos procesales locales.

Como vemos algunas provincias se han acercado al modelo de kelsen atribuyendo a las sentencias de inconstitucionalidad un efecto expansivo erga omnes, estas sentencias pueden emerger de cualquiera de las vías que mencionamos anteriormente, la vía incidental, el habeas corpus, el amparo y la acción de inconstitucionalidad.

Algunas provincias como ser el caso de Neuquén, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santiago del Estero solo le otorgan efecto erga omnes a las sentencias dictadas por el Tribunal Superior en los casos donde dichas acciones son entabladas ante dicho tribunal de manera directa, cosa que no ocurre en los casos donde el Tribunal Superior resuelve por via de apelación, o sea son iniciadas ante el juez de primera instancia por lo que estas sentencias ya no van a tener efecto erga omnes, sino inter partes.

⁵⁸ Buenos Aires (arts. 683 a 688), La Rioja (arts. 386 a 389), Salta (arts. 704 a 707), Tierra del Fuego (arts. 315 a 318), Formosa (arts. 683 a 688), Misiones (arts. 785 a 792) y San Luis (arts. 812 a 824). La provincia de Rio Negro reduce la competencia originaria del Tribunal Superior para los casos de acciones "sin lesión actual", en los otros casos, la demanda es por ante el juez de primera instancia. Para dicha acción "sin lesión actual", ante el Tribunal Superior de Justicia, el Código Procesal Civil y Comercial lo regula en sus arts. 793 a 799. Santiago del Estero adoptó en 2005 el Código Procesal Civil y Comercial en los arts. 807 a 811.-

Formosa, La rioja, San Juan, Río Negro, Tierra del Fuego, Chubut y Jujuy le otorgan alcance general a cualquier sentencia obtenida por vía de apelación o por vía directa de inconstitucionalidad.

Así los jueces y tribunales inferiores están obligados a someterse a la interpretación constitucional fijada por el máximo tribunal, por ejemplo en el caso de Formosa.

Dice la norma” *La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución, de las leyes, tratados y de los convenios colectivos de trabajo provincial, es obligatoria para los jueces y tribunales inferiores. La legislación establecerá la forma en que podrá requerirse y procederse a la revisión de la jurisprudencia del Superior Tribunal.*⁵⁹

Otro de los ejemplos sería el caso de la Rioja, en el que dice la norma ” *JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA. La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.*⁶⁰

Y por último tenemos el caso de la Provincia de San Juan, donde dice la norma:”*JURISPRUDENCIA VINCULANTE. La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores. La ley establece la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.*”⁶¹

Pero las provincias de Río Negro, Tierra del Fuego y Chubut exigen para llegar a que se afecte la vigencia de la norma legal tachada de inconstitucionalidad el dictado de dos o tres consecutivas para conseguir ese efecto.

Por lo tanto si se declara la inconstitucionalidad por tercera vez y por unanimidad una norma se podrá resolver declarar abrogada la norma inconstitucional y esta dejara de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

⁵⁹ Constitución Provincial de Formosa, art. 74.

⁶⁰ Constitución Provincial de la Rioja, art. 143.

⁶¹ Constitución Provincial de San Juan, art. 209.

“Cuando el Superior tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo” (art. 208, Const. Río Negro)

“Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido” (art. 159, Const. Tierra del Fuego).⁶²

Chubut establece en su constitución que la norma declarada inconstitucional dejara de tener vigencia al día siguiente de su publicación oficial, siendo que esta es la primera provincia que otorga efecto derogatorio a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el tribunal supremo local.

La norma dice: *“Cuando el Superior Tribunal de justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”*.⁶³

9. Conclusión.

En base a este somero repaso sobre los postulados, características y efectos de los diversos sistemas del control de constitucionalidad en el orden federal y en el derecho constitucional provincial en la Argentina, se pueden extraer interesantes opiniones y puntos de vista que van a resultar importantes para -promediando esta tesis-

⁶² Amaya, Jorge Alejandro, “Control de Constitucionalidad” 1º ed. – Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma SRL, 2012, Pág.133.

⁶³ Constitución Provincial de Chubut, art. 175.

entender nuestra propuesta en orden al punto de la inconstitucionalidad por omisión y la pretendida actuación de la corte en la eventualidad.

1. Introducción

Habiendo despejado las dudas en cuanto a los distintos sistemas y modelos de control de constitucionalidad, analizando la jurisprudencia y roles de las cortes en orden a su labor constitucional, iniciaremos este capítulo esbozando unas líneas para intentar definir a la omisión legislativa, dar un concepto, analizar los presupuestos que configuraran este tipo de omisión, para así poder establecer a continuación la actuación que pretendemos y propiciamos de la corte en los supuestos que una omisión puede devenir en inconstitucional.

2. Noción de Omisión Legislativa

Wessel -señalado como el primer autor en tratar este tema- es quien dota de entidad propia al concepto de omisión legislativa, y admite que la posibilidad de la vulneración de derechos individuales con causa puede tener fuente en un no hacer del legislador.⁶⁴

En cuanto a la causa, sostiene que puede ser cualquier tipo de silencio o actitud pasiva, puede ser una abstención de hacer, o de decir del legislador.

Antes de continuar con el tema, corresponde destacar que jurídicamente “omisión” significa no cumplir con lo que de forma concreta exige la norma. De esta manera, vamos delineando los supuestos configurativos de la misma.

Para Miranda⁶⁵ “por omisión se entiende la falta de medidas legislativas necesarias, proviniendo el efecto violatorio de la Constitución, unas veces de la completa inercia del legislador y otras, de su deficiente actividad”.⁶⁶

Canotilho⁶⁷ cree que hay omisión legislativa inconstitucional “...cuando el legislador no adopta las medidas legislativas necesarias para dar ejecución a los

⁶⁴Wessel, W.: “Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers”, citado por Ahumada Ruiz, María Ángeles: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril de 1991, nro. 8, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, passim.

⁶⁵ MIRANDA, J., “Inconstitucionalidade por omissao”, Estudos sobre a Constituição, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p.345.

⁶⁶ MANILI, Pablo Luis., “Tratado de Derecho Procesal Constitucional” Tomo I, Ed. Buenos Aires: La Ley 2010. pág. 356.-

preceptos constitucionales que, de forma permanente y concreta, le imponen tal acción...”⁶⁸

Pereira da Silva⁶⁹ dice que “la omisión inconstitucional se nos presenta 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”.⁷⁰

Mortati⁷¹ diferencia las omisiones legislativas de las lagunas, y dice “que las omisiones son ante todo el incumplimiento de una obligación de hacer, mientras que parece claro que no puede admitirse que el legislador venga obligado a regular todos aquellos supuestos que puedan ser objeto de una formación, en ausencia de la cual se produciría la laguna”.⁷²

El citado autor también concluye en que las omisiones son siempre el resultado de un acto voluntario mientras las lagunas pueden producirse de modo involuntario.

Agrega también que mientras la sentencia con la que se trata de colmar la laguna cumple la función de completar al ordenamiento jurídico, la que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede ser a su vez fuente de otras lagunas.

Agregamos que las omisiones legislativas pueden darse por parte del poder legislativo como también por falta de implementación de actos de gobierno por parte del poder ejecutivo que hagan que sean operativos derechos reconocidos en nuestra Constitución.

Con lo apuntado, estamos en condiciones de esbozar algunas notas características de la omisión, podemos decir que: Es el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar un precepto constitucional o de dotar de operatividad una cláusula por la que se reconocen o por la que se garantizan derechos reconocidos en la Constitución y que por el principio de supremacía constitucional supone como necesario efectuar el control y consecuente aplicar una sanción a las infracciones producidas a la Constitución, las que pueden tener su origen tanto en

⁶⁷ GOMES CANOTILHO, J.J., “Derecho Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pag. 1022.

⁶⁸ MIRANDA, J., op. cit., pag. 356.

⁶⁹ PEREIRA DA SILVA, J., “Dever de Legislar e proteção jurisdiccional contra omissões legislativas (Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, pag. 13.

⁷⁰ MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 359.

⁷¹ MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en la obra del propio autor, Problema di Diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana (Raccolta di Scritti-III), Giuffrè, Milano, 1972, pag. 927.

⁷² MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 364.

acciones positivas que violentan la Carta Magna como en omisiones que contrarían los preceptos consagrados en ella.

Sagües al tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión, habla de “la omisión del poder legislativo en dictar leyes a fin de implementar cláusulas constitucionales programáticas con el fin de tornarlas operativas y también se refiere al contralor judicial de dicha inconstitucionalidad”.⁷³

De lo que deviene que la constitución confiere a los individuos ciertos derechos que, al faltar la ley ordinaria reglamentaria, no se pueden ejercitar, y por ende, los individuos se encuentran impedidos de gozar de estos derechos.

¿Que pasa cuando esto ocurre? ¿Tiene algún remedio el afectado ante esta situación? ¿Cuál es el rol del Poder judicial?

Para responder estos interrogantes resulta importante que podamos establecer una diferenciación de las normas programáticas en relación a la inexorabilidad de cumplimiento.

Por un lado se encuentran las cláusulas programáticas constitucionales que son de cumplimiento discrecional para el legislador, y por el otro las que son de cumplimiento obligatorio, como por ejemplo el art. 14 bis de nuestra constitución que dice:

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones

⁷³ SAGÜES, Néstor Pedro., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos” 1ª ed. – Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006. Pág. 127 y sigs.

móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”⁷⁴

A su vez dentro de estas cláusulas programáticas obligatorias hay que diferenciar dos tipos de cláusulas, las de instrumentación simple y las de instrumentación compleja.

Ahora bien, afirmamos que respecto de las cláusulas programáticas de instrumentación simple, ante la pasividad inconstitucional del legislador pueden tener solución judicial; en cambio si la norma constitucional programática es de instrumentación compleja difícilmente será que el poder judicial el que pueda cubrir esa pasividad que deja el legislador.

Del mismo modo, parece imposible pensar en una posible conversión de cláusulas constitucionales programáticas en operativas por parte del poder judicial.

El razonamiento expuesto resulta de aplicación a los casos de inconstitucionalidad por omisión provenientes del poder ejecutivo, en aquellos casos en donde exista falta de reglamentación de leyes sancionadas por el congreso.

3. Tipos de Omisiones Legislativas

Para establecer los distintos tipos de omisiones legislativas habremos de seguir la clasificación que describe Wessel.

Este autor ha diferenciado entre omisiones absolutas del legislador y omisiones relativas.

Cuando habla de omisiones absolutas del legislador (*Absolutes Untrlassen des Gesetzgebers*) dice que “son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo por parte del mismo de una disposición constitucional, mientras que las omisiones relativas (*Relatives Unterlassen*) presuponen una regulación parcial que, al omitir del goce del derecho a determinados grupos de personas, vienen a entrañar una violación al principio de igualdad”.⁷⁵

“En las omisiones absolutas hay ausencia total de norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las omisiones relativas, el legislador al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional,

⁷⁴ "Constitución de la Nación Argentina", art. 14 bis

⁷⁵ MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 351.

favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros”.⁷⁶

De lo sucintamente reseñado, surge claro que el pensamiento desarrollado, puede a la postre llevar a una violación al principio de igualdad.

En conclusión vemos que Wessel niega que se produzca una lesión a los derechos a través de una omisión absoluta del legislador y que solo intervendrá el juez constitucional de la omisión relativa cuando se produzca una lesión al principio de igualdad.

Mortati decía, a diferencia de lo expuesto por Wessel que, la ausencia de toda disciplina legal para el desarrollo de un principio constitucional no era, per se, suficiente para considerar inadmisibles acciones dirigidas a poner remedio a tal situación, “ *non potendo escludersi che la norma impugnabile si ricavi dal sistema*”, y en segundo término, porque desarrollos parciales de la carta constitucional son perseguibles ante la justicia constitucional (“*in giudizio di costituzionalità*”) no en el único caso de que se opongan al principio de igualdad, sino también cuando de ello se derive una lesión de “ *qualsiasi altra direttiva posta dalla medesima*”⁷⁷

Para este autor la ausencia de una sanción que impusiera el desarrollo de un principio constitucional no era suficiente para que no se pueda admitir una acción que ponga fin a tal problema, además porque desarrollos parciales son perseguibles por la justicia siempre que se lesionen derechos establecidos en la constitución y no solo cuando se produzca una violación al principio de igualdad.

Picardi pensaba que tal división era imprecisa y de difícil utilización en la práctica⁷⁸ porque consideraba que tras ella se encontraba oculto un punto de vista político o sociológico antes que jurídico.⁷⁹

En Wessel podemos apreciar que su mayor interés son las consecuencias de uno u otro tipo de omisión: la fiscalización de la omisión relativa frente a la no fiscalización de la omisión absoluta, porque para él en una omisión relativa, cuando el legislador desobedece, se abstiene de una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal. En efecto, en estos casos se aprecia existe una “obligación de hacer”, que el Constituyente designó a cargo del legislador, y sin que medie razonable motivo, éste incumple con esa obligación impuesta.

⁷⁶ Bazán, Víctor: op. cit.

⁷⁷ MORTATI, C., “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali...” op.cit., pág. 928.

⁷⁸ PICARDI, N., “Le sentenze “integrative” Della Corte costituzionale”, en Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati, Giuffrè, Milano, 1977, vol. 4º, págs. 597 y sigs.

⁷⁹ Ibidem, pág. 604.

En cambio, en los casos en que se presenta una omisión absoluta de legislar, no pesa sobre el legislador ningún deber constitucional de dictar una determinada norma.

En similar sentido se pronuncia Sagües cuando expresa que la inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando algún órgano del Estado o algún particular no ejecuta una tarea que la Constitución le asigna, y puede tener dos modalidades: una la inconstitucionalidad por mora que puede darse en la adopción de decisiones o en la ejecución de decisiones ya tomadas; y otra sería la inconstitucionalidad por negación.

Tenemos la inconstitucionalidad por omisión en la decisión de un hecho o acto de tipo individual que se da cuando el Estado no se pronuncia sobre algo que constitucionalmente debe realizar.

Sagües dice que *“.....para cuestionar este tipo de omisiones singulares el remedio tradicional ha sido el “amparo por mora” (administrativa) y en su caso, “la acción de cumplimiento” y los writs o “mandamientos de ejecución” (injunction y de mandamus), sin perjuicio de otras acciones mas amplias, de tipo ordinario o especial, que pueda haber en el arsenal procedimental de un Estado.”*⁸⁰

También habla de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, supuesto que se da cuando no hay sanción por el Poder Legislativo de las normas reglamentarias de las cláusulas constitucionales programáticas. Pero recordemos que el Poder Ejecutivo incurre en omisión inconstitucional si no se dicta un decreto reglamentario de una ley o si no ejercita las facultades delegadas por el congreso para sancionar una ley cuando su Constitución lo establece.⁸¹

Por último habla de inconstitucionalidad por omisión en la ejecución. Acá el jurista se encuentra ante una decisión ya tomada pero que la misma no se cumple. El remedio procesal son los mandamientos de ejecución o el mandamus.

Finalmente se expresa sobre la inconstitucionalidad por negación y agrega que la misma se produce cuando quien debía tomar una decisión según la Constitución, la adopta, pero en modo que ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede. Al menos eso se infiere cuando expresa: *“....Se han denominado a esas*

⁸⁰ SAGÜES, Néstor Pedro., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos” op. cit. Pág. 116.

⁸¹ Conviene advertir que para algunos autores, la inconstitucionalidad por omisión ocurre también si se produce un vacío normativo, no cubierto, en los casos de derogación de una ley por referéndum, o cuando es declarado inconstitucional y derogada por un Tribunal Constitucional. PIZZORUSSO, Alessandro: “Lecciones de derecho constitucional, t. II, trat. Por Javier Jiménez Campo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 193.

*inconstitucionalidades por omisión negativa, como relativas, caracterizadas por lo común por exclusiones arbitrarias o discriminatorias de beneficios.”*⁸²

Más allá de lo expuesto, conviene dejar en claro que la inconstitucionalidad por negación es atacable, aunque en cierto modo, el mecanismo puede ser distinto al de la inconstitucionalidad por mora.

4. Concepciones Obligatorias y Concepciones Normativas de la Omisión Inconstitucional

De acuerdo a los distintos tipos de omisiones expresadas, corresponde ahora delinear cuales son las omisiones constitucionales que resultan trascendentes para poder efectuar una rectificación por el mecanismos del control. Pero en este punto nos topamos con distintas concepciones que arrimaron también diversas especulaciones.

Por ello, en primer lugar corresponde poder determinar cual va a ser el objeto del control a realizar por el tribunal constitucional.

Una vez establecido esto, encontramos diferentes doctrinas, los que se ubican en una posición que ven a la omisión legislativa como una obligación y las que se ubican en una posición normativista.

Para quienes se sitúan en la posición que ve a la omisión legislativa como una obligación como lo son Miranda y también Canotilho, la fiscalización constitucional se esboza sobre el incumplimiento de una obligación de legislar impuesta por la constitución. Esta visión –según los mencionados autores- es la que permite plantear la cuestión del tiempo, es decir el periodo de tiempo de pasividad del legislador.

Para ellos la falta de medidas legislativas causan un efecto violatorio de la Constitución, ya se proveniente de su completa inacción y otras de su deficiente, incompleta e insuficiente actividad.

Pero para los que se sitúan, es decir se ubican en una posición normativista no ponen tanto el acento en la omisión de legislar, en una obligación incumplida por el legislador, sino que ponen como objeto de control la norma implícita que la inacción legislativa propicia.

La doctrina italiana ha sido la que se ha alineado en esta postura.

⁸² FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?, en AA. VV: Inconstitucionalidad por omisión. Temis, Bogotá, 1997. p.p, 18/19.

Mondugno⁸³ aducía que de una disposición bien puede obtenerse una norma negativa, sea en el sentido de una norma que establece una prohibición, sea en aquel otro de una norma que deja indefinida una situación o un comportamiento, hallándose la Corte perfectamente legitimada para golpear la norma negativa en cuanto se manifieste inconstitucional.⁸⁴

En la doctrina portuguesa y brasileña se impone la concepción obligacional, ya que se contempla el instituto de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

Por otra parte cuando observamos el control de la inacción del legislador en España e Italia, vemos que al aplicarse normas implícitas, con motivo de la inexistencia de una norma legislativa requerida por la constitución o también de textos legales preconstitucionales, tomaron de la visión normativista.

Para otros autores la omisión de inconstitucionalidad es por un lado el incumplimiento de una obligación de legislar y por otro, es también el resultado que se produce en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento.

Para concluir decimos que el control de dichas omisiones no siempre se puede reconducir a la existencia de una norma que se encuentra implícita, sabemos que existen en nuestra constitución muchos derechos los cuales por falta de desarrollo conducen a la privación de toda eficacia.

La omisión puede no predisponer la vigencia de una norma preconstitucional o implícita, sino simplemente el vacío jurídico.

Por lo que decimos que no se trata de un simple no hacer, ni se confunde con la mera inercia del órgano legislativo, sino que es preciso que haya una inobservancia de un deber constitucional de legislar, cuando la constitución le exige su actuación.

A partir de lo expuesto podemos pasar a referirnos a una serie de presupuestos configuradores de dicha omisión.

5. Presupuestos configuradores de la omisión inconstitucional

De acuerdo con lo expresado, para que se produzca la inconstitucionalidad de una omisión es necesario constatar la existencia de una serie de presupuestos necesarios

⁸³ MODUGNO, F., "La Corte costituzionali oggi", en Scritti su la Giustizia Costituzionale, In onore di Crisafulli, V., Cedam, Padova, 1985, vol. I, Pág. 527 y sigs.

⁸⁴ MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 358.

que configuran la misma, razón por la cual a continuación abordaremos sucintamente cuales son los extremos de referencia.

En primer lugar se exige que el legislador incumpla una obligación que la Constitución le exige de proceder al dictado de un texto legislativo con el fin de dar respuesta a un mandato plasmado en la constitución o con el fin de dotar de eficacia una previsión constitucional.

Con respecto al este presupuesto necesario para que se produzca la inconstitucionalidad por omisión legislativa, decimos que no es un simple no hacer, abstenerse, como tampoco se debe confundir con la mera inercia del poder legislativo.

No basta la inacción, sino que es preciso que la pasividad del legislador se traduzca en una inobservancia del deber de legislar establecido en la Constitución. Hay un deber constitucional de legislar que es incumplido por el legislador.

La omisión del legislador es inconstitucional cuando la Constitución le exige que actúe.

En segundo término, este incumplimiento se tiene que haber prolongado mas allá de un tiempo estimado razonable, de un plazo razonable.

Con respecto a este presupuestos que refiere al transcurso de un periodo de tiempo razonable, pensamos y no preguntamos ¿es necesario que se establezca el plazo razonable?

Decimos al respecto que aunque la constitución no delimite un plazo para la intervención del legislador, sabemos que este no puede demorar indefinidamente el cumplimiento de su deber de legislar.

Esto lo vemos algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español donde el juez constitucional dice que lo que no puede el legislador el diferir *sine die*, mas allá de un plazo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad que afecta directamente el ejercicio de un derecho fundamental.

También –y como tercer presupuesto- se exige verificar que el poder legislativo al dictar el texto haya incurrido en una omisión parcial vulneradora del principio de igualdad al generar, por ejemplo, una exclusión arbitraria de beneficio. El elemento importante en este presupuesto es el efecto violatorio de la Constitución.

Vemos que de esta manera se lesionan derechos a través de esta ausencia de norma legislativa.

En definitiva sin trasgresión de las normas constitucionales no hay inconstitucionalidad ni por omisión ni por acción. Por lo tanto no solo vulnera la constitución el silencio del legislador sino la interacción de la omisión de un deber

constitucional de legislar más allá del tiempo, más allá de un plazo razonable con su consecuencia transgresora a la Norma Suprema.

Por lo tanto la omisión va a ser reprochable constitucionalmente tanto por estar obligado el legislador a dictar un texto normativo y no haberlo hecho en un plazo razonable, como así también por que ha generado una situación contraria con la norma suprema.

A modo de conclusión, podemos afirmar que: La declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia o pasividad del legislador de dar cabal cumplimiento al mandato constitucional de dictar las leyes que son necesarias para que se desarrollen preceptos constitucionales o posibiliten la operatividad de los derechos consagrados por el constituyente o por el mismo legislador, de modo que dichos preceptos o derechos se tornan ineficaces.

Para que se origine la omisión legislativa susceptible de la tacha de inconstitucionalidad se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución.

No es cualquier silencio o inacción del legislador, sino -y solamente- a aquellas omisiones con efectos jurídicamente relevantes desde el punto de vista constitucional y originadas en un mandato del constituyente.

6. Razones de la Inacción: ¿Hay una intención del legislador en su inactividad?

Si bien no forma parte de los presupuestos que configuran la omisión legislativa, es importante plantear si hay o no una intención del legislador al no legislar.

Mortati habla de omisiones legislativas y lagunas y expone que las omisiones son ante todo el incumplimiento de una obligación de hacer, mientras que parece claro que no puede admitirse que el legislador venga obligado a regular todos aquellos supuestos que puedan ser objeto de una formación, en ausencia de la cual se produciría la laguna⁸⁵.

Luego dice que las omisiones son siempre el resultado de un acto generado por la voluntad del legislador mientras las lagunas pueden producirse de modo involuntario por parte del legislador.

⁸⁵MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 364.

Finalmente expresa que la sentencia con la que se pone fin a la laguna cumple la función de dar completar al ordenamiento jurídico, la que declara la inconstitucionalidad de una omisión puede ser a su vez fuente de otras lagunas.

Su posición es clara, para él la omisión va a ser consecuencia de un acto voluntario, hay una clara voluntad de abstenerse, de no hacer por parte del legislador.

Esa intencionalidad del legislador lo convertiría en culpable de la omisión que incluso se podría llegar a tildar de dolosa.

Manili por otra parte considera irrelevante la intencionalidad del legislador. Expresa que por el hecho de que la inacción del legislador desencadene la inconstitucionalidad por omisión no depende de que la misma responda a una voluntad del legislador, sino dice que existiendo un deber que esta establecido en la constitución, el mismo haya sido incumplido mas allá de un plazo razonable generándose la vigencia de normas contrarias a la constitución

Por otra parte agregamos que en el caso de Brasil, algún sector de la doctrina ha vinculado la inconstitucionalidad al presupuesto de la intencionalidad del legislador.

Y de esta manera se ha dicho que existe indiferencia, inactividad, pasividad relevante constitucional cuando hay inactividad de manera consciente en la aplicación de la Constitución.⁸⁶

Sagüés al tratar de dar una explicación al porque del ocio legisferante, da algunas razones, habla de utopismo al referirse a las normas programáticas ya que para actuar requiere el dictado de otra norma que la desarrolle, y hace una distinción entre utopismo subconsciente cuando el constituyente no tuvo en cuenta los costos necesarios para cumplir con la promesa formulada y habla de utopismo consciente cuando si bien ha tenido en cuenta estos costos, aún así formula de igual manera la promesa.

Otra de las razones seria el gatopardismo constitucional, esto se presenta cuando por ejemplo se enuncia el derecho a todos a una vivienda en la medida en que lo disponga la ley, también habla de demagogia constituyente donde se promete una serie de derechos independientemente de que puedan realizarse o no.

Y por último habla de plagio constitucional, donde se ha copiado constituciones de otros países sin evaluar si es posible su utilidad.⁸⁷

En otros supuestos la inconstitucionalidad por omisión es generada por los poderes públicos, los que pueden que se encuentren reticentes a obedecerlo.

⁸⁶ DA CUNHA FERRAZ, A.C., "Proteção jurisdiccional da omissao inconstitucional dos poderes locais", OSASCO (Sao Paulo), 2005, pág. 157.

⁸⁷ SAGÜES, Nestor. , "Elementos de derecho constitucional", Tomo I, Astrea Buenos Aires, 1999, pág 107 y sigs.

Al verse vinculado el legislador con la ley fundamental, y como ya vimos su intención en cuanto al deber de legislar, es importante también poder ver en qué situación se encuentra el poder legislativo ante los mandatos constitucionales, extremo que intentaremos develar en punto siguiente.

7. Situación del Poder Legislativo ante los mandatos constitucionales.

Esta cuestión es importante porque podemos plantearnos si se podría hablar de discrecionalidad del legislador o por el contrario de un deber de legislar vinculante. Por lo que tomando a varios autores podemos decir que en el caso de **Denninger**⁸⁸, éste hace referencia a que la Ley fundamental Federal alemana tomaba mandatos explícitos y en otros casos implícitos, en ocasiones condicionales y otras veces incondicionales del Tribunal Constitucional Federal Alemán al legislador.

Esos mandatos eran como una obligación jurídica vinculante para el poder legislativo.

Pestaloza⁸⁹ dice que la pasividad del legislador es relevante cuando hay una observancia de un deber constitucional de legislar.

Además realiza una diferenciación con respecto a los mandatos constitucionales, en sustituibles y no sustituibles o insustituibles.

Para él, el tribunal constitucional Federal no puede determinar una inconstitucionalidad por omisión cuando se trate de un mandato sustituible.

Este autor sostiene que en los recursos de queja constitucional frente a resoluciones que se sustenten en el incumplimiento de mandatos, el Tribunal Constitucional Federal ha de asignar a los propios tribunales ordinarios la concreción del mandato constitucional.

Contrariamente cuando la norma de la Ley Fundamental no obsta la falta de mediación del legislador, los tribunales tienen que aplicarla inmediatamente, sin que se admita expresar en esos casos que el legislador no ha desarrollado su mandato.

⁸⁸ DENNINGER, E., "Verfassungsauftrag und gestzgebende Gewalt", pag. 767 y sigs.

⁸⁹ PESTALOZZA, Ch., "Noch Verfassungsmässige' und `bloss Verfassungswidrige' Rechtslagen" (Zur Feststellung und Kooperativen Beseitigung verfassungs imperfekter Zustände), en Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht), herausgegeben von Christian Starck, Erster band (primer volumen), J.C.B(Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pag 519 y sigs.

Ahora en estos tipos de mandatos si se ha dejado transcurrir un tiempo demasiado extenso, la omisión legislativa pasa a ser inconstitucional.

Con respecto a los mandatos insustituibles los tribunales no podrán sustituir al legislador moroso.

Sin embargo, otros sectores de la doctrina defienden la libertad del legislador.

Así lo tenemos a Canotilho, quien expone que existe omisión inconstitucional en los casos donde existe un deber concreto de actuación.

La doctrina en su mayoría admite que determinadas normas impulsan al legislador a que actúe de acuerdo a la Constitución pudiéndose generar ante la inacción del legislador la inconstitucionalidad por omisión. Más allá de lo expuesto el deber de legislar puede derivar no solo de mandatos contenidos en la ley fundamental federal alemana (Grundgesetz) sino también de principios identificados en el proceso de interpretación de la Norma suprema.⁹⁰

Esta posición de la doctrina mayoritaria es a la que adscribimos para los casos domésticos.

8. Los derechos fundamentales y la omisión legislativa en el derecho comparado.

P Habiendo analizado la situación del poder legislativo ante los mandatos constitucionales, podemos prestar atención ahora a los derechos constitucionales para lo cual el legislador esta al servicio de estos derechos afectados.

La ley fundamental federal necesita a la legislación infraconstitucional para que la misma actúe como mediadora respecto a la realidad social, puesto que sino se quedaría en un nivel ideal y sin concreciones en la actualidad social.

Häberle, considera que para que los derechos fundamentales cumplan su función necesitan la intervención del legislador. Si esto no se da, se generarían situaciones en la vida social alejadas de los mandatos establecidos en la constitución o propiciando en las relaciones jurídicas la vigencia de normas implícitas en contradicción con la Constitución.

⁹⁰ FERREIRA MENDES, Filmar., "Jurisdição Constitucional" 5ª ed, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, pág. 274.-

El deber de legislar puede relacionarse con un deber de protección que corresponde al Estado otorgarlo para defensa y protección de ciertos derechos enunciados en la Constitución frente al menoscabo, atentado, ataque de terceros.

Siguiendo la jurisprudencia del tribunal constitucional Federal Alemán establecemos que el mismo reconoce que los derechos fundamentales aseguran a toda persona un derecho de defensa y derechos a prestaciones positivas, y este deber de protección recae no solo los poderes públicos sino también sobre el poder legislativo.

Además –siguiendo con la exégesis analizada- menciona el deber de adecuación que impone al legislador la obligación de actuar de una manera protectora y constructiva de los derechos fundamentales.

Un ejemplo de esto sería el otorgar a los hijos extramatrimoniales la misma condición y posición en la sociedad que los hijos matrimoniales.

Con respecto a los derechos socio-económicos para ser efectivos es necesario que haya una intervención de los poderes públicos, no pueden ser conferidos simplemente al individuo porque estos derechos exigen una acción permanente del estado. Los poderes públicos deben desarrollar programas de desarrollo social.

En la doctrina italiana se ve una posición que afirma que la discrecionalidad del legislador debe ceder en ciertos casos.

Mortati ejemplifica perfectamente esta visión *“La discrecionalita del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l’obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali. Non varrebbe invocare in contrario un principio di gradualita che3 conferirebbe al legislatore piena liberta di scelta del momento nel quale realizzare gli imperativi costituzionali”*⁹¹

Para concluir decimos que si bien el legislador debe sujetarse a la constitución esto no impide la libertad de la que goza, no solo del contenido de la norma sino también sobre el tiempo pero ni uno ni otro queda sujeto a la capacidad decisoria del legislador.

Pudiendo estar sujeto a control en sede constitucional aunque no puede propiciarse la sustitución del legislador por dicho juez.

9. Conclusión.

En base a los extremos expuestos en este capítulo, podemos decir que el órgano jurisdiccional puede declarar la inconstitucionalidad por omisión cuando constata la

⁹¹ MORTATI, Constantino, “Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 923.

pasividad del legislador de dar cabal cumplimiento al mandato constitucional. Además analizamos también si hay o no intencionalidad del legislador, y las razones por las cuales puede darse el ocio legisferante, y concluimos en que si bien el legislador debe sujetarse a la constitución, esto no impide la libertad de la que goza, no solo de establecer el contenido de la norma sino también sobre el tiempo oportuna para su dictado, pero que en ninguno de ambos casos queda sujeto a la exclusiva capacidad decisoria del legislador, sino que por el contrario, en todos ellos, pueden quedar sujeto al control en sede judicial a los fines del control de constitucionalidad, cuando de la inacción legislativa haya transcurrido por demás un plazo razonable, o se haya afectado derechos de raigambre constitucional.

1. Introducción

Habiendo establecido el concepto de omisión legislativa, despejado las dudas en cuanto a los distintos tipos de omisiones, y presupuestos que necesitan constatarse para que se configure la omisión inconstitucional, en este capítulo analizaremos los principios de aplicación de la inconstitucionalidad para evitar tornar ilusoria la protección de los intereses de los habitantes y poder dar una solución favorable al problema planteado.

2. La actividad legisferante del Poder judicial y el principio de la división de poderes.

Cuando hablamos del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas sabemos que se produce una tensión constitucionalismo-democracia, ello así, por el rol que asume el poder judicial en estos supuestos. Los defensores del argumento de que el poder judicial asume una actitud contramayoritaria, no se encuentran a gusto con que este control lo ejerzan los jueces, como así tampoco, que se arroguen la facultad de dictar normas a través de sus sentencias.

Sabemos que al órgano judicial le está vetada la posibilidad de dictar normas en virtud del respeto al principio de separación de los poderes, pero no se descarta que la posibilidad que a un tribunal constitucional se le atribuya el contralor y sanción de estas omisiones.

Se puede apreciar que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que producen una vulneración de la Constitución, contraría el principio de división de los poderes por cuanto atenta contra discrecionalidad del legislador, ya que él tiene la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado un precepto constitucional, puede dejar en suspenso provisiones constitucionales poco realistas que hayan sido aprobadas en medio del utopismo que ha menudo acompaña la labor de las asambleas constituyentes.⁹²

⁹²AMAYA, Jorge Alejandro., "Control de constitucionalidad" 1ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2012. Pág. 149 y sigs.

Del mismo modo se hace alusión a las funciones del legislador, las cuales se ven amenazadas lo que a su vez, coloca a los jueces en un riesgo de usurpación de atribuciones.

Por último se puede incurrir en la politización de la justicia Constitucional, cuando la omisión legislativa no se produce por una inadvertencia del legislador sino de una decisión deliberada.⁹³

La doctrina clásica de la división o separación de poderes determina que sólo el órgano legislativo puede dictar leyes, abrogarlas, derogarlas o modificarlas. Asimismo, al órgano ejecutivo se le reconocen constitucionalmente amplias atribuciones normativas, v gr; en nuestra Carta Magna están reguladas las siguientes facultades: para dictar reglamentaciones ejecutivas y autónomas (art. 99 inc. 2 CN), en la promulgación y publicación de las leyes (art. 99 inc. 3 CN), en materia de iniciativa de leyes (arts. 99 inc. 3 y 77 CN) y veto (arts. 80 y 83 CN), para producir decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN), y la atribución de dictar legislación delegada (art. 76 CN).

Los tribunales constitucionales fueron concebidos por Kelsen⁹⁴ como legisladores negativos, en el sentido que pueden anular, expulsar del orden jurídico las normas que contrarían los preceptos de la Carta Magna, pero en la actualidad este modelo es insuficiente.

Lentamente la tarea de los tribunales constitucionales va siendo la de interpretar los preceptos constitucionales; esta tarea consistirá en suministrar a jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores de cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias o infraconstitucionales para que esa interpretación y aplicación se adecue a los mandatos de la Constitución.

En efecto, la tarea interpretativa del tribunal constitucional se produce, al menos, por tres vías. La primera, y más evidente es el recurso a las sentencias expresamente interpretativas, en las que los tribunales constitucionales, en la parte dispositiva de sus sentencias, determinan cual debe ser la interpretación correcta de una ley para que se adecue a los mandatos constitucionales.

⁹³En la enumeración de los argumentos en contra del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas basados en el principio de separación de los poderes no pretendo ser exhaustiva sino meramente indicativa.

⁹⁴Kelsen, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", traducción de J. M. Ruiz Manero, en Escritos sobre la democracia y el socialismo, Madrid, 1988, passim, y del mismo autor ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, traducción de R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, passim.

Una segunda vía es la representada por las consideraciones interpretativas realizadas en la fundamentación de todo tipo de sentencias, dirigidas a establecer cual será considerado el sentido correcto de un mandato constitucional.

Y, finalmente, una tercera vía sería la representada por las sentencias recaídas en casos de defensa de derechos individuales, en cuanto correctoras o confirmadoras de la interpretación de las leyes y de la Constitución llevada a cabo por los demás poderes públicos.

La doctrina iuspublicista contemporánea desecha el dogma de la división de poderes como un principio rígido que separa las funciones del Estado, por el contrario; la interacción y coordinación de poderes es la regla de una administración, de suerte que los tres órganos son, en las esferas de sus atribuciones, legisladores, ejecutores y aplicadores de sus normas. Nuestro diseño institucional, exige el diálogo entre poderes, más cercano a la idea de frenos y contrapesos de Madison que a la separación estricta de poderes de Montesquieu.

La inconstitucionalidad por omisión parte del reconocimiento de que no existe la certeza de que el órgano legislativo corregirá la inconstitucionalidad. En estos casos, la labor del tribunal constitucional no consiste en castigar al legislador que deja de cumplir su mandato específico, sino tratar de dotar de plena eficacia al precepto constitucional que carece de ella, su tarea consiste esencialmente en perseverar por la plena aplicación de los enunciados constitucionales. El trabajo del tribunal constitucional debe ser eminentemente jurídico y no político.

Siendo el pueblo el autor último de la Constitución, la pasividad del legislador, solamente puede ser fiscalizada por el pueblo, por lo que el tribunal constitucional, por el respeto por el principio de separación de los poderes no puede forzar al órgano legislativo a dictar una norma, solo podría apelar a este mecanismo en el caso que la omisión del legislador quebrante el orden constitucional. A esto me refería cuando mencionaba el peligro de la politización de la justicia constitucional.⁹⁵

Sin embargo en Alemania, Birke, dice: *“Que el principio de la división de poderes no puede encontrar aplicación cuando uno de los poderes, esto es, el legislador, no ejercita las funciones que tiene atribuidas”*⁹⁶

“A su vez, Scholz razona que los límites sobre el control constitucional y la función política no siempre son unívocos y que también el poder legislativo,

⁹⁵ MANILI, Pablo Luis., op. cit., pag. 394.

⁹⁶ BIRKE, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, köln, 1968, p.21. Cit. por Trocker, Nicolo, “Le omisión del legislatore e la tutela giurisdizionale...”, op. cit., pág. 124.

ocasionalmente, ha asignado al Bverfg, al menos tácticamente, el papel de legislador sustituto”⁹⁷

3. Inconstitucionalidad por omisión: posibles maneras de resolución.

Una vez detectado este problema por el órgano de control, lo que puede hacer es dar conocimiento a otro poder del Estado para que pueda adoptar alguna medida respecto a la institución que se encuentra en mora.

Tal podría ser el caso de Yugoslavia donde el tribunal de Garantías Constitucionales una vez que constata que no se ha dictado la norma de ejecución por el órgano encargado de esta función, estando obligado a dictarla, informara de ello a la Asamblea de la República.

Otro mecanismo sería que el órgano encargado del control se limitara solo a recordar al órgano reticente que sancione las normas faltantes.⁹⁸

Es importante además tener en cuenta el nuevo art. 283 de la Constitución de Portugal donde el Tribunal Constitucional si constata el incumplimiento de la constitución por omisión de medidas legislativas para que se puedan realizar las normas constitucionales lo deberá comunicar al órgano legislativo. Acá se podría hablar de un llamado de atención.⁹⁹

Por otra parte también se podría recurrir a la intimación, como en el caso de Brasil donde una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión, se dará conocimiento al órgano competente para que adopte las providencias necesarias.

En el caso de Venezuela, en su art. 336 inc. 7 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar normas para garantizar el

⁹⁷ SCHOLZ, R., “Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Honrad Adenauer Stiftung, edición 2002, pág. 57 y ss.

⁹⁸ Un sistema parecido ha adoptado Hungría, por vía legislativa, desarrollando el art. 32-A de la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad por omisión termina en una especie de invitación al órgano renuente para que dicte la norma del caso. La Constitución de Angola concluye también en algo similar, en su art. 156. sobre el tema, conf. Fernández Rodríguez, José J.: La inconstitucionalidad por omisión, Civitas, Madrid, 1998, pág. 302 y sig.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge: “A fiscalizaÇao da inconstitucionalidade por omissao no ordenamento constitucional portugues”, en AA. VV.: La Inconstitucionalidad por omisión, Temis, Bogotá, 1997, pág. 153 y sigs.

cumplimiento de la constitución o lo haya hecho en forma incompleta establecerá el plazo y de ser necesario los lineamientos para su corrección.

Y por ultimo otra solución seria suplir el vacío normativo existente por el órgano encargado del control de constitucionalidad, con el fin de reparar el daño concreto causado con la omisión inconstitucional.¹⁰⁰

Víctor Bazán ha elaborado una clasificación que, a nuestro juicio conforma un compendio suficiente, de los mecanismos normativos y jurisprudenciales en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales.¹⁰¹

Uno sería recurrir a la aplicación por el Tribunal Supremo de los principios que tienen su fuente en el derecho internacional a través de los tratados y en la propia Constitución, como es el caso de Argentina, la Corte de la República Dominicana, Colombia y Italia, también se podría incluir en la propia Constitución o en la sentencia judicial un mecanismo que resuelva el caso mediante la fijación de un plazo en todos los casos para que el poder político repare la omisión, pudiéndosele dar los lineamientos y la determinación de una indemnización

Otro mecanismo podría ser que se declarara constitucionalmente la operatividad de los derechos y garantías. En este caso los jueces quedan habilitados para trazar las vías que consideren más adecuadas para hacer efectivo el derecho constitucional desconocido. Son los casos de Ecuador y Paraguay, y las constituciones de Chubut, Salta y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También podrían admitirse las llamadas Sentencias “intermedias”, emitidas por las Cortes o Tribunales Constitucionales, las que pueden ser aditivas: cuando introducen una regla aplicable para reparar el derecho o la garantía vulnerados, o las sentencias aditivas de principio y sentencias-delegación, que son las que sólo fijan un principio constitucional que debe ser implementado por el legislador.

Además podrían ser de aplicación sentencias que se emiten para sustituir la parte de la ley considerada inconstitucional, reemplazándola por otra que se adecue al texto constitucional, o sentencias que recomienden al legislador que redacte una norma de acuerdo con la concepción jurídica desplegada por el tribunal.

Y por ultimo podría darse un retraso de la entrada en vigor de la anulación ordenada por el Tribunal Constitucional y simple incompatibilidad sin declaración de

¹⁰⁰ Bazán, Víctor: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en AA. VV.: La inconstitucionalidad por omisión, cit., Pág. 71.

¹⁰¹ *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* EDIAR, Bs. As. Rep. Argentina., P. 832.

nulidad: consiste en aplazar por un tiempo los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad. Tal, son los casos de Colombia, Italia, España y Alemania.

4. Como controlar las omisiones legislativas: Técnicas

Decimos que se pueden lesionar derechos reconocidos en la constitución ya sea por acción como por omisión estatal y que podría ser el amparo una de las vías aptas para llevar estos casos a la esfera del control judicial, tanto contra estos actos como también contra estos tipos de omisiones.

Los tribunales constitucionales europeos han creado una serie de técnicas que resultan necesarias analizar, puesto que las mismas han posibilitado el control judicial en tales omisiones legislativas, y evitar así que se vulnera la constitución con el posible control.

Como señalara Trocker¹⁰² refiriéndose a la justicia constitucional germano-federal, los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes parecían estructurados de modo tal que no se comprendían aquellos casos en que el legislador hubiera violado no ya por acción, sino por omisión, la Grundgesetz (**Ley Fundamental para la República Federal de Alemania**) Ni el control normativo abstracto ni el control normativo concreto parecían tener por objeto un comportamiento omisivo del legislador. Ello no impediría que el Bverfg (**Tribunal Constitucional Federal Alemán**) pudiera conocer de las omisiones del legislador, particularmente de las relativas, aunque, como ya se ha visto, también a veces de las absolutas, presentándose el recurso de queja constitucional como un instrumento idóneo para el desencadenamiento de este control en sede constitucional.¹⁰³

Una pluralidad de técnicas tanto del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán) como de la Corte Costituzionale (Corte Constitucional de Italia), iban a dar una respuesta a este tema del control de las omisiones legislativas.

El Bundesverfassungsgericht (**Tribunal Constitucional Federal Alemán**) no va por el camino de la invasión de las funciones legislativas, sino todo lo contrario, va por la técnica de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.

¹⁰² TROKER, N., "Le omisión del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà", Volume CLXXVIII, Fascicoli 1-2, Gennaio/Aprile 1970, Pág. 88 y sigs.

¹⁰³ Manili, Pablo Luis., op. cit., pag. 368.

En esta variante, se deja libertad al poder legislativo en la manera en que va a elegir los modos con que podrá fin a la vulneración a la constitución.¹⁰⁴

El legislador es quien va a decidir acerca de las alternativas para la eliminación de la Inconstitucionalidad.

Para lograr esto, son las técnicas decisorias que tienen más relación con el problema del control de las omisiones legislativas: las apelaciones del legislador y las declaraciones de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad.

La jueza del Bverfg Wiltraut Rupp-v Brünneck, en un trabajo publicado en el año 1970 en el cual se preguntaba si el tribunal constitucional podía apelar al legislador. (86).

Para ella no se justificaba el reproche que podía ser realizado por alguno de ellos frente a esas sentencias que implicaban una intrusión en la competencia otorgada al legislador, entendiendo que las sentencias de apelación son realmente una confirmación del autocontrol judicial del Tribunal Constitucional Federal.

Esto ha llevado a esbozar tipos o grupos de casos de decisiones de apelación. Shulte diferencia tres casos de grupos típicos: Apelación con motivos en la interpretación constitucional, apelación con motivo de un mandato al legislador, apelación con motivo de la falta de evidencia de una vulneración constitucional.¹⁰⁵

Con esta técnica de apelación y reenvío al legislador a través de una decisión plagada de directivas, el Bverfg (**Tribunal Constitucional Federal Alemán**) se ha dotado de un instrumento para hacer frente a las omisiones del legislador impulsando la intervención de éste.

Las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad, es otra de las técnicas dadas para hacer frente al control de la inacción del legislador. En sus comienzos el tribunal constitucional federal unió los términos inconstitucionalidad y nulidad.

Esta situación cambio a partir del año 1958 donde se iba a declarar la inconstitucionalidad de una norma pero sin agregarle la declaración de nulidad. Pestalozza¹⁰⁶ decía que no era posible declarar la nulidad de una omisión legislativa solo se debía limitar a declara su inconstitucionalidad, esta situación fue cambiando con la modificación de la ley del tribunal constitucional Federal en el año 1970, donde en el artículo 31.2 se introdujo la declaración de mera incompatibilidad.

¹⁰⁴ CERVATI, A., "Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana" en Quaderni Costituzionali, anno IX, nro. 2, agosto 1989, Pág. 257 y sig.

¹⁰⁵ SCHULTE, M., "Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts" en Deutsches Verwaltungsblatt, Jahrgang 1988, pag. 1200.

¹⁰⁶ Manili, Pablo Luis, op cit. pag. 373

La Corte *costituzionale* italiana iba a realizar un cambio en lo que hace a las omisiones legislativas, las técnicas con las que las ha enfrentado han sido las llamadas sentencias manipulativa, donde hay dos subtipos dentro de estas, por un lado tenemos las *sentenze additive* que son aquellas en las que el juez constitucional aprecia en la disposición que va a considerar inconstitucional un alcance normativo menor del que debería tener, y las *sentenze sostitutive* son aquellas a las que recurre la corte en aquellos supuestos en que la ley prevé algo, mientras que, constitucionalmente debería disponer otra cosa.

No podemos dejar de mencionar las *sentenze monito*, donde la corte recurre a la técnica de dar avisos, sugerencias al legislador.

En resumen vemos como los tribunales han acomodado las técnicas de acuerdo a las necesidades de los últimos tiempos y los nuevos problemas jurídicos planteados.

Otro modelo a tener en cuenta es el de Portugal. Este modelo sería el primero en tratar como instituto procesal el de control de las omisiones del legislador, que fue propiciado por el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA), y otorgaba la misión de efectuar el control al Conselho da Revolução.

Y el Movimiento de las fuerza armadas (MFA) en su primera propuesta propondría que el Consejo de la Revolución fuese mucho mas que un órgano de control negativo, no solo se le otorgaba la fiscalización de las omisiones del legislador, sino que llegado el caso se le daba la función de suplir al legislador ante la inacción de medidas legislativas que le habían sido encargadas.

Para Miranda ¹⁰⁷este es un mecanismo platónico, porque el dice que verificar esta omisión existente solo autoriza al tribunal constitucional a dar conocimiento al órgano encargado de legislar, pero para otros autores este mecanismo no es tan platónico ya que la experiencia portuguesa muestra que casi siempre el legislador de manera inmediata se ha sentido de cierta manera obligado a corregir su falta.

También resulta necesario mencionar el caso de Brasil que va a seguir a Portugal en el diseño del instituto de control de las omisiones del legislador y del poder reglamentario, pero que añade un mecanismo procesal (mandado de injunção) para la tutela de los derechos vulnerados por ausencia de una norma reguladora.

¹⁰⁷ MIRANDA, J., "Manuel de Directo constitucional, tomo II, 3ra. edição, Coimbra Editora, 1991, pág. 405.

5. Principios de aplicación de la inconstitucionalidad por omisión

El maestro Bidart Campos propone¹⁰⁸ los siguientes principios de aplicación de la inconstitucionalidad por omisión para evitar tornar ilusoria la protección de los intereses de los habitantes, primero que es obligatorio para el órgano que la competencia sea ordenada por la Constitución, que la omisión tenga el mismo rango que la acción inconstitucional y que dicha omisión produzca un daño relevante. Quien debe ser el legitimado activo es el damnificado. Otro de los principios es que el órgano obligado a cumplir la actividad prescripta por la Constitución Nacional debe estar remiso a hacerlo.

En cuanto al mecanismo de control, éste tiene que obligar a cumplir esa actividad o suplir la actividad omitida, para ello se necesitara una declaración del órgano de control.

Respecto de la vías de acción para el funcionamiento del mecanismo recomienda el juicio de amparo en los casos individuales para que luego de declarada la inconstitucionalidad, mande a hacer lo omitido.

No obstante, señala que los casos más difíciles suceden cuando el órgano de poder al dejar de dictar una norma general que reglamente a otra de índole programática con el argumento de que ello merece reproche ya que no todos sus preceptos de la CN son imperativos.

Considera que el criterio contrario desnaturaliza y subvierte la estructura rígida de la Constitución Nacional como norma en sí porque *“expande sus efectos nocivos a todos aquellos que podrían invocar a su favor la norma general programática ausente”*.

En este caso el juez tendrá obligación si quiere evitar incurrir en denegación de justicia de decidir entre tres vías, previa la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión: Primero, Intimar al órgano remiso para que dicte la reglamentación fijando un lapso prudencial, en segundo lugar crear la norma en el caso y por ultimo dictar directamente la norma.

6. Las nuevas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

¹⁰⁸ “Constitucional y la Inconstitucionalidad por omisión” La Ley, to. 78, Pág. 785

De acuerdo a los postulados que venimos analizando se puede establecer en general un diagrama de cómo asumen la cuestión de la inconstitucionalidad por omisión los distintos países que se animaron a intentar dar una solución al entuerto.

Empero resta preguntarse cómo está la cuestión en nuestro país, atento que la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en los distintos fallos que hemos mencionado en los capítulos anteriores no alcanzaban a dar cabal respuesta a este planteo.

Cabe entonces preguntarse si la jurisprudencia más reciente, con la conformación de los actuales ministros de la Corte ha evolucionado en este punto, o si por el contrario, se mantiene la original incertidumbre.

Adelanto mi opinión en cuanto a que se han dado pasos concretos en pos de intentar tan siquiera, dar el rumbo señero en esta materia.

Es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación recurre a menudo a estos mecanismos. Así lo hizo en los casos Verbitsky (situación carcelaria en la Provincia de Buenos Aires), Mendoza (contaminación del ambiente- saneamiento de la cuenca del Riachuelo), Lavado (situación carcelaria en dos establecimientos penitenciarios situados en la Provincia de Mendoza), Rosza (régimen de subrogancias), Badaro (movilidad de los haberes jubilatorios) y Comunidad indígena del Chaco (condiciones de vida de la comunidad toba), entre otros.

En estos fallos hay un denominador común que está dado por el uso de ciertas frases que denotan claramente la filiación activista de sus miembros en materia de derechos humanos, vale la pena destacar referencias como: *“Que la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional”*, o bien; *“Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder*

Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados...”. También: “De tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, habrá de requerir a la demandada las explicaciones que estima necesarias al objeto del pleito, y dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia...”

En la mayoría de los fallos mencionados¹⁰⁹ surge indubitablemente la ampliación de la competencia originaria de la Corte justificada por la gravedad y urgencia de los hechos que les dan origen. Sin perjuicio, claro está, que una vez que la Corte ha hecho uso de los mecanismos que estima conducentes para la solución del conflicto, declare que la causa no corresponde a su competencia originaria y remita las actuaciones. Es decir, sin invadir la esfera de actuación propia de los denominados poderes políticos del Estado, la Corte acerca a las partes, busca y propone remedios institucionales, evalúa medidas que estima idóneas e invita al diálogo en busca de una solución armónica y consensuada que atienda a las reales posibilidades de entendimiento.

Estos casos en los que interviene como una especie de mediador son, precisamente, casos en los que el fantasma de la declaración de inconstitucionalidad por omisión acecha a los poderes políticos. La constatación por parte de la Corte de una omisión legislativa que deriva en una infracción de la Constitución no supone necesariamente la imposición al Congreso de un deber de legislar, sino la exhortación lisa y llana a cumplir con sus obligaciones. Además de este apercibimiento el más alto tribunal no cuenta con instrumentos para forzar la actividad legislativa, la invitación al diálogo entre poderes parece entonces el mecanismo idóneo para superar la pasividad verificada.

¹⁰⁹Me interesa destacar que se trata, en su mayor parte, de litigios de derecho público, también denominados “litigios estructurales” o “casos de litigación compleja”, caracterizados por la supeditación del interés particular al más general que involucra a la comunidad o a un grupo de sujetos con determinadas características comunes y por requerir una solución que implica necesariamente la participación de los poderes políticos, y eventualmente a particulares también, mediante un diseño integral y a largo plazo de políticas públicas combinado con un sistema de monitoreo de las instituciones comprendidas.

Resumiendo a Paola Bergallo, los puntos representativos de estos casos son los siguientes: presencia de partes plurales y amorfas; involucramiento de la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública; no suponen la compensación de daños pasados y acotables a las partes sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales. La autora efectúa un análisis pormenorizado sobre el estado del litigio de derecho público en nuestro país en: “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/alumnos_docentes/PaolaBergallo.pdf

Con estos fallos, la Corte no cierra el tema y con ello el proceso deliberativo, sino que sirve de guía, restablece el debate público en el sitio correspondiente; ante los representantes populares, da el puntapié inicial para que el asunto se instale en la agenda política de los gobernantes. La ejecución de lo resuelto, en definitiva, será lo que determine el grado de compromiso que los órganos de las diferentes agencias del Estado han asumido frente a la defensa de los derechos fundamentales.

Las sentencias como las recaídas en los casos Verbitsky, Lavado, Mendoza, Badaro, Rozsa y Comunidad indígena del Chaco, entre otros en los que la Corte tuvo oportunidad de expedirse mediante el recurso a estos nuevos instrumentos a los que vengo aludiendo, muestran un cambio en el paradigma institucional que hasta ahora ha preponderado en nuestro país y que, a todas luces, ha resultado deficitario. Estos fallos quebraron la inercia judicial imperante e innovaron de modo plausible en un territorio donde casi ninguna otra institución ha hecho demasiado por décadas, aún frente a la comprobada situación de los particulares damnificados por los diversos hechos denunciados y de público conocimiento, en este sentido, los litigios de derecho público son paradigmas de derechos desestabilizadores, es decir, derechos para desatrincherar instituciones que vienen fallando sistemáticamente en el logro de sus objetivos y que permanecen inmunes a las tradicionales fuerzas correctivas de la política.¹¹⁰

La solución brindada por la Corte parece la más adecuada para los litigios de derecho público que han llegado a su esfera de decisión por cuanto la pasividad de los poderes políticos en estas materias ha quedado hartamente comprobada. Asimismo, su intervención resulta respetuosa del principio de separación de poderes y del ámbito de competencias exclusivo de los poderes legislativo y ejecutivo; la Corte no está condenando ni ordenando o imponiendo medidas de ejecución inmediata a la administración pública sino que actúa como un intermediario entre las diversas partes implicadas. Un intermediario involucrado de manera responsable. Queda por ver si los órganos de los poderes políticos asumen también su rol responsablemente.¹¹¹

La introducción por parte de la Corte de estos nuevos mecanismos de solución de conflictos ha sido una decisión inteligente y refleja un serio compromiso con la

¹¹⁰ Tomo la noción de derechos desestabilizadores de Sable & Simon en "Destabilization rights: how public law litigation succeeds", 117 Harvard Law Review 1015, february, 2004, p. 1037, <http://www2.law.columbia.edu/sabel/Destabilization%20Rights%20-%20Westlaw.doc>

¹¹¹ Vale destacar otra labor responsable; la del Defensor del Pueblo en las causas Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento (Comunidad indígena del Chaco) y Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo, entre otros.

Constitución formal y material por parte del más alto tribunal. Ahora que el debate ha sido abierto resta que los representantes populares tomen la posta y cumplan acabadamente con sus mandatos constitucionales, para ello la deliberación ha de ser la labor que necesariamente debe seguir a la intervención inicial de la Corte.

7. Soluciones en Argentina.

Establecida del modo expresado la actitud asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resta referirse a continuación si para llegar a resolver en el modo en que lo hace debe asumir posturas innovadoras en donde debe hacer gala de las virtudes pretorianas o por el contrario, su misión será la de seguir los lineamientos normativos que preven los supuestos del rol de los tribunales de justicia ante la inacción inconstitucional de los poderes políticos.

Para contestar este interrogante necesario es hacer un repaso por algunos ordenamientos jurídicos provinciales para considerar en que modo trata el Derecho Constitucional Provincial la cuestión y a partir de ahí, poder extraer conclusiones válidas, ello así, siempre que el ordenamiento nacional así lo permita, o bien, con el afán de efectuar aportes a nivel legal.

Por esta labor consultaremos las constituciones provinciales que han nacido en el movimiento reformista operado a partir de los 90, puesto que son las que podemos catalogar como mas progresistas, ya que, mas allá del tiempo en que fueran reformadas – mas o menos reciente-, son las únicas que traen luces sobre el punto en cuestión.

Así necesario es referirse a la Constitución de Río Negro. En su carta magna establece que el “Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: ... d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.”¹¹²

Del análisis de dicho artículo podemos extraer importantes características:

- 1- La legitimación activa de quien esta habilitado a reclamar.

¹¹² Constitución Provincial de Río Negro, art. 207.-

2- La naturaleza del derecho, que puede ser individual o colectivo.

3.- El efecto de la intervención es inter partes, o sea esta limitado al caso concreto.

4.- Fijación de un plazo para el dictado de una norma, la que puede ser de cualquier jerarquía.

5.- Intervención judicial una vez vencido el plazo, pudiendo integrare el orden normativo que fuere.

6.- Para el supuesto de que esto fuera imposible, se establecerá el monto indemnizatorio.

Otro ejemplo a tener en consideración lo extraemos de la Constitución de la Provincia de Chubut, puesto que de ella se permite extraer la operatividad de los derechos y garantías que ella consagra.

Dice la norma del mencionado texto que “Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos, salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de tramite sumario.

Los derechos sociales y principios de políticas de Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del estado y sus disponibilidades económicas.¹¹³

Aquí vemos claramente como la norma hace una distinción entre los derechos personales y garantías que se consideran operativos, y dice como de procederse en estos casos, salvo los supuestos en que su reglamentación resulte indispensable.

Si bien es una norma de avanzada en algún aspecto, puede ser negativa en otro, porque cierra la posibilidad de aplicar la inconstitucionalidad en caso de los derechos sociales y principios de políticas de Estado que necesitaran leyes que reglamenten su ejercicio, puesto que también las supedita a “las prioridades del Estado”.

A este respecto entonces, y más allá del texto constitucional citado, solo resulta conveniente a los fines de este trabajo, extraer como conclusión la operatividad establecida en el primer párrafo del artículo citado.

¹¹³ Constitución Provincial de Chubut, art. 21.

En este camino se encolumna la Constitución de Salta cuando expresa que los derechos y garantías consagrados por la constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o suficiencia de reglamentación.

Dice la norma “Todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta constitución de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna.

Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de justicia social, de los principios de la democracia social de derecho, de la soberanía del pueblo y de la norma republicana de gobierno. Tales derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación.¹¹⁴

Y tal parece ser entonces el rumbo, puesto que al mismo también refiere el Estatuto constitutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En dicho estatuto se expresa que “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos.¹¹⁵

Es clara la norma en la defensa de la operatividad de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen los que no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y expresa que el estatuto no puede cercenarlos.

Con los elementos citados fundamentalmente en este capítulo – pero también en la totalidad del trabajo – intentaremos efectuar una aproximación al sistema que propiciamos de la corte, en el rol político que le cabe, para los casos de inconstitucionalidad por omisión de los otros poderes políticos.

8. Conclusión

En base a los extremos expuestos en este capítulo, podemos decir que existen diversos mecanismos por los cuales dar una solución al problema de la inconstitucionalidad por

¹¹⁴ Constitución Provincial de Salta, art. 16.-

¹¹⁵ Estatuto constitutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 10.

omisión. Para ello, investigamos como fue resuelto este tema en diversos países como por ejemplo en Yugoslavia, Portugal, y Venezuela.

A su vez analizamos la solución a la que se arribo en las diferentes provincias que componen nuestro país, para ello consultamos las distintas constituciones provinciales, como ser, la de la provincia de Río Negro, Chubut, Santa Cruz, y por ultimo la Ciudad autónoma de Buenos Aires.

Con los elementos sustraídos en la totalidad del trabajo expuesto, ahora si, intentaremos acercarnos al sistema que respaldamos de la corte para los casos de inconstitucionalidad por omisión de los otros poderes políticos.

1. Conclusiones

Las omisiones del legislador deberían ser salvadas, aunque esto parezca una obviedad por el propio legislador. De él se espera, precisamente que legisle, que complete el mandato establecido en la constitución.

Puede ser que esta inactividad se deba a una cuestión de tiempo, sin embargo, en otros casos la inactividad puede ser deliberada, consciente, y se argüirán razones de presupuesto, cuestiones políticas, etc.

Ante esto la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe hacer un balance previo, el que no debe dejar de lado la evaluación del costo político de la medida en relación a los derechos en juego, evaluación que deberá realizarse antes de elegir el instrumento a utilizar una medida de esta naturaleza para remediar la situación, ya que puede suceder que la simple recomendación judicial, dilate aun mas el proceso político del hacer en los poderes del estado. Una actitud como la relatada, podría llegar a verse por los damnificados que propiciaron el fallo judicial como una burla.

Por lo que decimos que la prudencia debe ser la guía que acompañe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en estos supuestos –y en todo momento-, para poder tomar una decisión acertada que dé una respuesta favorable y eficaz a los damnificados por la inconstitucionalidad por omisión.

Por eso decimos que la actividad de la Corte Suprema de Justicia debe ser respetuosa de la voluntad de la mayoría; por eso en cuestiones discutidas, y que den lugar a divergente interpretación, en tanto el congreso se mantenga reticente en la observancia del mandato constitucional tal vez no sea el momento.

Pero en todo caso, debe intervenir en aquellas cuestiones en las que se confirma una lesión de la Constitución a causa de una omisión legislativa, dejando en claro que no se alienta el activismo judicial, sino lo que se va a buscar es que se intente remediar un problema conforme a reglas claras, inteligibles, para lograr una solución.

Solo de esta manera se concretará una igualdad real de oportunidades, posibilidades y trato, que, de lo contrario, la sociedad quedaría inerte ante las infracciones antijurídicas violatorias de la Constitución, poniendo en vilo al

seguridad jurídica y en definitiva, llevando un peligroso antecedente negativo en pos del valor superior que es la paz social.

2. Propuesta

En consonancia con lo expuesto, estimo que es importante reconocer en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el rol político que le corresponde como verdadero poder del Estado, puesto que es el tercer pilar en donde se asienta la doctrina tripartita de la división de poderes al estilo americano, a diferencia de lo que acontece en los sistemas constitucionales europeos en donde la labor jurisdiccional consiste en un servicio de justicia o administración de justicia.

A raíz de esta función de carácter netamente política –que ejerce conjuntamente con la jurisdiccional–, es que a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país, y mas allá de las criticas de que el poder judicial actúa como un poder contramayoritario de la voluntad popular, lo cierto es que a la misma le corresponde intervenir no solo en los casos en que la mera omisión del estado no se concreta la toma de decisión, sino –y solamente- cuando dicha inacción de los poderes políticos resulta contraria a la constitución, y además, provoca una vulneración a los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Carta Magna.

Para estos casos una solución sería, por un lado, propiciar la reglamentación de las inacciones estatales por medio de dispositivos legales que establezcan el modo de proceder en estos casos.

Empero en ausencia de estos, resulta importante y fundamental reconocer el carácter sistémico de la Corte Suprema en pro de la defensa de los derechos del hombre y reconocer sin tapujos la plena operatividad de derechos y garantías reconocidos en la Constitución, y por ende, propiciar una labor pretoriana de la corte para llenar los vacíos legales.

Llegado este punto entonces, debe reconocerse también la primordial y fundamental función de la Corte Suprema en los casos de inconstitucionalidad por omisión de los otros poderes y establecer como propuesta, que su labor debe encausarse en las siguientes características:

- 1- Detectada entonces una omisión, corresponde que la Corte indique al poder político la mora y que recomiende la sanción de la normativa ausente.
- 2- También en determinados casos puede establecer un plazo prudencial, como de intimación para que se llene el vacío (Recuérdese el caso “ROZSA” de la CSJN para jueces subrogantes). Incluso, como modo de asegurar el cumplimiento de la sentencia, puede disponer que si cumplido el plazo los poderes continúan renuentes, se pase a la opción siguiente (v. art. 15 y 16 ley 10.000 de Pcia. de Santa Fe).
- 3- Por último, y con la debida prudencia, cubrir el vacío normativo por vía pretoriana cuando exista lesión a un derecho fundamental (Recuérdese el caso “SIRI” de la CSJN).

BIBLIOGRAFIA

a) **General**

- BIDART CAMPOS, Germán – “Manual de la Constitución Reformada”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán – “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, La reforma constitucional de 1994”, Edit. Ediar, Buenos Aires, marzo de 1995.
- FARRELL, Martín Diego, “Cuestiones de Filosofía y Derecho”, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.
- FAYT, Carlos S. “La supremacía constitucional y la independencia de los jueces”, Ed. Depalma, Bs. As., 1994.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema constitucional español”, Ed. Dykinson, Madrid., 1992.
- SAGÜES, Néstor Pedro – “Elementos de Derecho Constitucional”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993.

b) **Especifica**

- AMAYA, Jorge Alejandro, – “Control de Constitucionalidad”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2012.
- BIANCHI, Alberto B. – “Control Judicial de Constitucionalidad” Tomo I, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002. 2da. Edición actualizada, reestructurada y aumentada.
- BIANCHI, Alberto B. – “Control Judicial de Constitucionalidad” Tomo II, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002. 2da. Edición actualizada, reestructurada y aumentada.

- MANILLI, Pablo Luis – “Tratado de Derecho Procesal Constitucional ”, Edit. La Ley , Buenos Aires, 2010.
- SAGÜES, Néstor Pedro – “Recurso extraordinario”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- SAGÜES, Néstor Pedro – “Compendio de derecho procesal constitucional”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2009.
- SAGÜES, Néstor Pedro – “Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos”, Edit. Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.
- SAGÜES, Néstor Pedro – “Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- SOLA, Juan Vicente. – “Control Judicial de Constitucionalidad”, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.