

TÍTULO OCTAVO

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (VI): OBJECIONES QUE SE FORMULAN AL INSTITUTO

CAPÍTULO

I

**RESPUESTAS A LOS PRINCIPALES
CUESTIONAMIENTOS**

I. Liminar

Como afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ, “en muchas ocasiones es la inercia de los preconceptos y las ideas tradicionales lo que ofusca y cierra el paso a nuevas perspectivas en el derecho, olvidando más de lo que la prudencia exige que, al menos el derecho, es una ‘ciencia de perspectivas’, o para ser más precisos, una simple, pero no por ello menos capital, ‘técnica de perspectivas’”⁴¹⁰.

Teniendo tales consideraciones como punto de mira, a continuación intentaremos responder a las principales tachas y objeciones que se han utilizado para negar andamio a la inconstitucionalidad por omisión⁴¹¹.

Algunos aspectos de nuestras respuestas tendrán como plataforma de sustentación el sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso imperante en el orden federal argentino. Sin perjuicio de ello, la mayoría de las apreciaciones que efectuaremos tendrán una valencia general, es decir, aplicarán a cualquier modelo de inspección constitucional.

II. Los cuestionamientos más comunes

1. Falta de positivación expresa de la figura

A) La inexistencia de una previsión normativa que institucionalice la facultad jurisdiccional de controlar las omisiones inconstitucionales no es un argumento jurídicamente sustentable para rechazar tal alternativa fiscalizadora.

A pesar del aparente simplismo o reduccionismo de nuestra aserción, si hoy es una realidad incontrastable que los jueces están debidamente habilitados a llevar adelante el control de constitucionalidad de diversos instrumentos normativos (v. gr. leyes), lo que encuentra fundamento en la obligación de salvaguardar la supremacía constitucional, *a fortiori* también lo están para concretarlo cuando la agresión contra la Ley suprema y su fuerza normativa provenga de una omisión anticonstitucional.

410 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, p. 51.

411 Algunos de los autores que se muestran refractarios al tema que abordamos son: PÉREZ ROYO, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tº I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 66-68; y RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, julio-diciembre de 2004, Porrúa e IIDPC, México, D.F., pp. 159-177.

B) No es imprescindible (aunque sí conveniente) el dictado de una normativa especial. ¿O acaso hubo necesidad de ella para hacer viable el propio control judicial de constitucionalidad en su variante difusa en EE.UU.?; ¿o para dar vida procesal a la acción de amparo en Argentina, insertándola en el contexto garantista (en el citado caso “Siri” y en la ulterior causa “Kot”⁴¹²); ¿o para permitir la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la omisión lesivos al resolver las acciones de amparo, años antes de que se plasmara la reforma constitucional argentina de 1994 (caso “Peralta”⁴¹³) y aun a despecho de una expresa norma legal en contrario (art. 2, inc. ‘d’ parte final, de la Ley N° 16.986⁴¹⁴); ¿o, en el marco del recurso extraordinario federal, para que la Corte Suprema argentina admitiera las causales de gravedad institucional o arbitrariedad de sentencia; o para diagramar pretorianamente las acciones de clase (caso “Halabi”⁴¹⁵)?

Naturalmente, la respuesta a los citados interrogantes es negativa. Es que, como *mutatis mutandis* explicara VANOSI⁴¹⁶, aquellas expresiones “pretorianas” nacidas al calor de los poderes “implícitos” del Máximo Tribunal argentino (modelando una línea exhortativa hacia los tribunales inferiores) tienden a afirmar lo mismo: *la supremacía de la Constitución*, y a entrañar una manifestación del poder político de la Corte, aunque ésta no lo califique de tal manera.

C) De cualquier modo y como contrapartida de ello, no podría disimularse que la tesis de las cuestiones políticas no justiciables —que tiende a enervar o inutilizar las mencionadas herramientas de aseguramiento de la primacía constitucional— fue también implementada pretorianamente por la Corte argentina (antes por la Suprema Corte de EE.UU.) al no estar literalizada en la Constitución ni en la ley y, como tal, dicha doctrina fue dosificada por el Máximo Tribunal, siendo dejada de lado o retomada por éste según su valoración y criterio⁴¹⁷, aunque hoy parecieran batirse en retirada o, al menos, encontrarse en vías de minimización cuantitativa y cualitativa, las hipótesis inmunes al control. Volveremos sobre este tema.

412 “S.R.L. Samuel Kot” (*Fallos*, 241:291).

413 “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ Amparo”, de 27 de diciembre de 1990 (*Fallos*, 313:1513). La mayoría estuvo compuesta por los ministros Levene (h.), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O’Connor, mientras que por su voto se pronunciaron los jueces Belluscio y Oyhanarte.

Sin perjuicio de despejarse toda duda a partir del caso “Peralta” en relación con la atribución de ejercer control de constitucionalidad en el amparo, no pueden soslayarse señeros precedentes previos en los que se esbozó dicha posibilidad, v. gr., “Outon, Carlos J. y otros” (*Fallos*, 267:215).

414 B.O. de 20 de octubre de 1966.

415 Citado precedentemente, en el título quinto, capítulo II.

416 VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Control de constitucionalidad y defensa de la Constitución”, en su obra *Teoría constitucional*, T° I, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 745.

417 Ídem.

D) Corresponde dejar asentado que diversos tribunales o cortes constitucionales, tanto en Europa (Alemania, Italia, España) como en Latinoamérica (Colombia, Perú, Guatemala), *han acogido la inconstitucionalidad por omisión pese a no contar en los respectivos sistemas con acciones expresas en tal sentido.*

Por colacionar sólo un ejemplo de lo puntualizado, en Expte. N° 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP)”, en sentencia del pleno jurisdiccional fechada el 30 de junio de 2010⁴¹⁸, el Tribunal Constitucional del Perú dijo que pese a que no se había habilitado expresamente un mecanismo procesal específico que permitiera el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, ello no quería decir “*que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas.* Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial” (F.J. 19).

E) Luego de la intermisión ilustrativa consignada en los dos párrafos precedentes y retomando la línea argumental que veníamos recorriendo, es obvio que por razones de seguridad jurídica, predictibilidad y en aras de evitar respuestas jurisdiccionales intercadentes, sería aconsejable contar con un mecanismo procesal específico al respecto, pero hasta tanto ello ocurra, los respectivos órganos de justicia constitucional estarían habilitados para fiscalizar de alguna manera las omisiones lesivas de la Constitución, dentro de ciertos límites funcionales y jurídicos y activando cánones de *self-restraint*.

Por supuesto, y adelantándonos al intento propositivo que desarrollaremos en el epígrafe siguiente, somos conscientes de las dificultades de implementación práctica que el control de las omisiones inconstitucionales puede generar en un Estado que, como Argentina, ha escogido el modelo difuso de control de constitucionalidad, al multiplicarse las posibilidades de contralor y a su vez desconcentrarse en distintos jueces, generando algunas dificultades jurídicas y políticas.

Correlativamente, tales inconvenientes no se presentan con idéntica magnitud en los sistemas que han adoptado un control con rasgos concentrados, pues el centro decisional no se difumina sino que queda centralizado en un único órgano competente para determinar la existencia o inexistencia de la omisión violatoria de la Constitución y, en su caso, disponer el remedio para superarla.

418 Votaron los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, y los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen y Álvarez Miranda.

Por cierto, puede pensarse en algunas opciones de *lege ferenda* en caso de institucionalizarse la figura en el ordenamiento jurídico argentino. Existe una gama de opciones: por ejemplo, la atribución de jurisdicción originaria y exclusiva al respecto a la CSJN, lo que requeriría una reforma constitucional; o en caso de una codificación del derecho procesal constitucional argentino (como existe en Perú y Bolivia), instaurar una acción expresa que permita controlar las pretericiones anticonstitucionales.

Sin perjuicio de ello, de *lege lata* y para el supuesto de que aquella plasmación normativa no se concretara, se exigirá de la magistratura una conducta seria, responsable y mesurada al momento de ponderar la procedencia del control correctivo de la inconstitucionalidad por mora o inercia, en orden a evitar una ilegítima infiltración en ámbitos decisionales de otros poderes del Estado, meritando la convergencia de una situación inconstitucional grave para legitimar su intervención en orden a combatir hipótesis que, por pretermisión, resulten lesivas de la Ley fundamental.

2. En torno a la acusación sobre la supuesta improcedencia del control de constitucionalidad respecto de las omisiones inconstitucionales en un modelo de fiscalización constitucional jurisdiccional difuso

A) No es difícil imaginar algunas trabas que podrían invocarse frente a la procedencia del control sobre las inconstitucionalidades omisivas en un sistema como el argentino, donde el control de constitucionalidad es jurisdiccional difuso, concreto, con jurisprudencia —en principio— no vinculante y con sentencias que, salvo ciertas excepciones vehiculadas por determinados fallos de la CSJN, no producen efectos *erga omnes*.

Para reconducir la cuestión a una hipótesis crítica unitiva, podría argumentarse el potencial peligro de corrosión del principio de igualdad al influjo de respuestas jurisdiccionales dispares ante eventuales articulaciones pretensivas de contenido similar.

Si recurriéramos a un dialogismo, quizás las preguntas que formularía nuestro interlocutor imaginario serían del siguiente tipo: ¿Qué sucedería si un juez admitiera la solicitud de declaración de la inconstitucionalidad por la omisión relativa que ha producido un quiebre, por ejemplo, del principio de igualdad, mientras otro magistrado fallara en modo diverso? ¿No brotaría allí una violación al estándar isonómico dado que el fallo del primero de los jueces (el que acoge la petición) sólo tiene efectos *inter partes* y para el caso concreto en que se plantea?

Y si bien la respuesta debería ser en principio afirmativa, o sea, admitiendo que aquel riesgo existe, cabría una importante matización, que no es un consuelo sino una realidad tangible: en los supuestos planteados, el peligro no sería mayor que el que normalmente se corre ante cualquier pretensión de inconstitucionalidad (ya por acción) en la que también pueden producirse (y de hecho se configuran) respuestas intercadentes.

Son los *bemoles* del control de constitucionalidad desconcentrado, con prescindencia de si esa fiscalización viene instada con motivo de un producto normativo o de una omisión presuntamente inconstitucionales.

Sea como fuera, es importante recalcar que, así como nadie posee un derecho subjetivo en abstracto a obtener una legislación determinada⁴¹⁹, en principio la línea jurisprudencial de la Corte Suprema marca que no son impugnables ni la desigualdad derivada de la interpretación que del texto de la norma hagan los jueces al aplicarla conforme las particulares circunstancias del caso concreto, ni la existencia de fallos contradictorios dictados por tribunales distintos en relación con situaciones jurídicas similares, aplicando idénticas disposiciones legales⁴²⁰.

B) Otro punto interesante por debatir en los ámbitos jurídicos donde impera el control judicial difuso, dando por entendida la aceptación de la viabilidad del control sobre las omisiones inconstitucionales, es la circunstancia de que jueces diferentes puedan cubrir en casos específicos —pero semejantes entre sí— de modo diverso la inconstitucionalidad por omisión, lo que generaría la posibilidad de que surgieran soluciones jurídicas incoherentes⁴²¹.

Tal hipótesis, que podría originar cierta zozobra jurídica, ha sido solventada afirmando que la alegada incoherencia no sería total, ya que a menudo y a través de la vía recursiva, es posible elevar tales actuaciones a la CSJN, que desempeñaría en esa eventualidad una suerte de casación constitucional que podría disipar el defecto anunciado. Incluso, BIDART CAMPOS —a quien seguimos aquí— señala que en caso

419 Argumento sostenido por la CSJN argentina.

De cualquier modo, y aun cuando nadie tenga derecho a que se dicte *una* legislación determinada, sí existe derecho a que se sancione *alguna* normativa para motorizar el designio constitucional y, para ello, en el caso argentino sería útil contar con una vía jurisdiccional determinada que resulte idónea para impeler al órgano renuente a que actúe o para que el juez interviniente supla la omisión legisferante incurrida, en principio, con efectos ceñidos al caso concreto y a las partes del mismo (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, T° I, IJ de la UNAM, México, D.F., 1988, p. 83).

420 BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *Manual de la Constitución reformada*, T° I, p. 534.

421 SAGÜÉS, Néstor P., “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales”, *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, T° I, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, San José de Costa Rica, 2000, pp. 278-279.

de que tales respuestas jurídicas incoherentes quedaran firmes en las instancias inferiores a la Corte, “siempre es mejor que se haya dado a los afectados alguna respuesta a sus agravios por la inconstitucionalidad por omisión del Estado, en vez de no darles respuesta alguna, so pretexto de tratarse de cuestiones no justiciables⁴²².

Agrega que, finalmente, “nada impide que el Poder Legislativo termine prontamente (como debería hacerlo) con tal eventual mosaico de sentencias reparadoras de la inconstitucionalidad por omisión terminando con ésta, al sancionar de una vez por todas a la norma reguladora faltante⁴²³, lo que nos lleva a conjugar tal aserto con otra premisa no menos valiosa que exhibe la importancia de la sumatoria de decisiones individuales provenientes de diferentes tribunales y su potencial fuerza para gestar e inducir el movimiento legislativo para obedecer el designio constitucional y superar la preterición contraria a la Ley fundamental mantenida hasta ese momento.

C) En línea con ello y como *mutatis mutandis* se ha puntualizado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, por medio de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria⁴²⁴.

Asimismo, no deja de ser importante que sea la propia magistratura judicial la que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones, en proceso cuya lógica es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de acceso a algún sistema transnacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocer y reparar la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar tal vulneración. Cuando el poder político no abastezca las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el Poder Judicial, y sin perjuicio de las posibles consecuencias en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población⁴²⁵.

Más allá de cualquier embate crítico, es imposible soslayar aquella elemental premisa que LOEWENSTEIN plantea con agudeza, afirmando: “*el desprestigio de la Constitución, por inercia de órganos meramente constituidos, representa uno de los más*

422 *Ibid.*, p. 279.

423 Ídem.

424 ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *Hechos y derechos. Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos*, Vol. 7, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2000, p. 26.

425 *Ibid.*, p. 27.

graves aspectos de la patología constitucional, pues refleja un inaceptable desprecio [...] de la autoridad suprema a la Ley Fundamental del Estado⁴²⁶.

3. Sobre la pretendida existencia de normas constitucionales programáticas carentes de (toda) efectividad

A) No es fácilmente admisible la invocación de la diversa estructura de las normas constitucionales para esgrimir con ello que existen determinadas cláusulas que lisa y llanamente no serían (en modo alguno) exigibles sin la legislación de desarrollo constitucional y que nada podría hacerse al respecto en procura de su eficacia.

Por un lado, no estaría exento de dificultades teóricas (también prácticas) proclamar una *absoluta programaticidad* de ciertas disposiciones constitucionales —entendida como total ineficacia intrínseca de éstas— y coetáneamente predicar que la Constitución ostenta *valor normativo*. Por el otro, creemos que las cláusulas de la Ley fundamental tienen un sentido y un porqué, ostentan vocación de aplicabilidad y no parece correcto condenarlas a permanecer en una eterna inocuidad sino que, contrariamente y frente a la inercia legislativa para ponerlas en movimiento, debería permitirse desde la justicia constitucional su eficaz realización y desenvolvimiento en el mundo jurídico.

Como afirma DA SILVA, debemos partir de la premisa tantas veces enunciada que determina que *no hay norma constitucional destituida de eficacia*⁴²⁷; al menos, añadimos por nuestra parte, siquiera de *alguna mínima eficacia*.

426 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., reimpres., Ariel, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1982, p. 222.

427 DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, IJ de la UNAM, trad. de Nuria González Martín, México, D.F., 2003, p. 67.

El catedrático brasileño citado descarta la clásica teoría norteamericana que distinguía las normas constitucionales en *autoaplicativas* y *no autoaplicativas* (*Ibid.*, pp. 59 y ss.); otro tanto piensa de la doctrina italiana que las clasifica en *preceptivas* y *directivas* (*Ibid.*, pp. 62-66); y, por fin, igualmente desecha la tesis que las divide sólo en dos grupos: a) *Normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata* y b) *normas constitucionales de eficacia limitada*, y éstas, a su vez, escindidas en *normas de legislación* y *normas programáticas* (*Ibid.*, por ejemplo, en p. 67).

De acuerdo con su criterio, desde el punto de vista de la eficacia y la aplicabilidad, las normas constitucionales deben ser consideradas bajo tres aspectos: a) *Normas constitucionales de eficacia plena y aplicabilidad inmediata* (son las que recibieron del constituyente normatividad suficiente para su incidencia inmediata) —*Ibid.*, pp. 73 y ss.—; b) *normas constitucionales de eficacia contenida y aplicabilidad inmediata, pero restringidas* (también recibieron del constituyente normatividad suficiente para regir los principios que conocían pero prevén medios normativos —leyes, conceptos genéricos, etc.— no destinados a desarrollar su aplicabilidad, sino, al contrario, permitiendo limitaciones a su eficacia y aplicabilidad) —*Ibid.*, pp. 87 y ss.—; y c) *normas constitucionales de eficacia limitada o reducida*, que comprenden dos grupos —*Ibid.*, pp. 103 y ss.—: 1) *normas de eficacia limitada, definidoras de principio institutivo* (son aquellas que prevén esquemas genéricos de institución de un órgano o entidad cuya estructura definitiva el constituyente dejó para la legislación ordinaria); y 2) *normas de eficacia limitada, definidoras del principio programático* (aquellas que trazan esquemas de fines sociales que deben ser cumplidos por el Estado, mediante una providencia normativa o incluso administrativa ulterior).

En ese sentido y aun cuando referido específicamente al contexto español, pero con fuerza expansiva hacia otros ámbitos jurídicos, PÉREZ LUÑO advierte que la necesidad de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales constitucionalizados como valores y principios, como la de aquellos que han sido enunciados a manera de cláusulas generales, *no debe conducir a interpretaciones que menoscaben o comprometan su significación normativa o, menos aún, que impliquen la negación de su estatus jurídico-positivo*⁴²⁸.

De ello extrae que debe rechazarse como falaz la tesis que sostiene la imposibilidad de su invocación y aplicación hasta tanto se hubieren promulgado las leyes que los reglamenten, pues de prosperar esta última posición, gran parte del estatuto de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente quedaría relegado a la inoperancia⁴²⁹.

NIETO se acerca a la cuestión de las normas constitucionales ofreciendo un enfoque particular, pero significativo. En tal sentido, sostiene que la doctrina que sugiere que *la Constitución es una norma jurídica cuyo contenido material opera directamente*, y sin excepciones, sobre los ciudadanos y sobre los poderes públicos, aunque venga inspirada por las intenciones políticas más elogiadas, “adolece del importante defecto de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional”⁴³⁰.

Prefiere, entonces, centrarse en lo que denomina *la teoría de la complitud de las normas*, pues advierte que hay disposiciones constitucionales que son ciertamente normas e incluso normas jurídicas, pero no son normas completas y por ello no tienen aplicación directa; o, si se quiere, por no ser aplicables directamente, carecen de complitud⁴³¹. Entiende que el problema concreto de las normas programáticas no debe ser abordado técnicamente desde la perspectiva de la *normatividad* de la Constitución, sino desde la de su *aplicación directa*, es decir, desde el ángulo de su *eficacia*⁴³².

B) Como puntualizáramos en otro sector de este trabajo, pese a ser polémica la distinción entre cláusulas programáticas y operativas, en cualquier caso no podría

428 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, op. cit., *Los derechos fundamentales*, p. 64.

429 Ídem.

Para graficar su posición, con buen criterio el autor citado señala que el Tribunal Constitucional español ha salido al paso de las opciones hermenéuticas restrictivas, sustentando la tesis según la cual “debe señalarse que la reserva de ley que efectúa [...] la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata” (STC de 8 de junio de 1981, *BJC*, 1981, N° 3, p. 214; reseñada por PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Ibid.*, pp. 64-65).

430 NIETO, Alejandro, op. cit., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, p. 387.

431 *Ibid.*, p. 388.

432 *Ibid.*, pp. 394-395.

soslayarse que si, norma “programática” mediante, se intentara justificar la inercia legislativa o despojar irremediamente de protección a un derecho contenido en la Ley fundamental a causa de la falta de mediación del legislador, y simultáneamente quedaran tales situaciones contrarias a la Constitución sustraídas del radio de cobertura del control de constitucionalidad, se consentiría un ataque directo al valor normativo y supremo de la Norma básica.

Conviene reiterar que, con mayor o menor intensidad y pese a su heterogeneidad, las normas constitucionales vinculan, además de resultar útiles como orientación hermenéutica para el legislador y límite para evitar que éste sancione disposiciones contrarias a ellas.

De cualquier modo y en planteo que podríamos utilizar como base para diseñar una hipótesis de mínima, BIDART CAMPOS explica —*mutatis mutandis*— que aun cuando dependa de la reglamentación, “sabido es que toda norma programática es operativa en relación con el programa o base normativa contenida en la norma constitucional nacional”⁴³³.

C) Para graficar la citada heterogeneidad subyacente en el universo de disposiciones constitucionales, podemos tomar el muestreo que —inspirado en la tipología alemana descrita por SCHEUNER⁴³⁴— esboza RUBIO LLORENTE respecto del caso español.

En esa línea, enumera las siguientes *normas materiales* de la Constitución: *i*) derechos fundamentales, *ii*) garantías institucionales, *iii*) mandatos al legislador, y *iv*) principios fundamentales y fines del Estado.

A los efectos de este segmento de la indagación, nos interesa particularmente volver sobre la conceptualización y el alcance de los “mandatos al legislador” y su conexión con la inconstitucionalidad por omisión.

Precisa RUBIO LLORENTE que aquellos son *preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución*, y sobre todo, la *promulgación de leyes indispensables para el ejercicio de ciertos derechos*: de prestación y de otros géneros de derechos, próximos a los de libertad⁴³⁵.

Luego de afirmar que los mandatos al legislador son fuente de derecho objetivo e imponen obligaciones, advierte que su eficacia para engendrar también derechos

433 BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *Manual de la Constitución reformada*, Tº II, 1997, p. 181.

434 SCHEUNER, Ulrich, “Staatszielbestimmungen”, en FRIEDRICH, Manfred (coord.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978, pp. 329-355.

435 RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente de Derecho”, op. cit., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, p. 59.

subjetivos correlativos de estas obligaciones *depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos 'in nuce' en la Constitución*⁴³⁶.

Cierra el punto expresando que de lo que se trata es que “*el juez considere inconstitucional la omisión del legislador y considere en consecuencia ilegítimas situaciones o relaciones que no se habrían consolidado si no hubiese existido tal omisión*”⁴³⁷.

Rescatamos la significativa utilidad que el autor citado atribuye a la actividad jurisdiccional dirigida a declarar la *omisión inconstitucional del legislador* en hacer operativos los mandatos que la Constitución le dirige y, así, procurar activarlos para complementar la estructura prefigurada en aquella y/o sancionar las leyes imprescindibles para ejercer determinados derechos.

D) Para situar la cuestión en su justo cauce, vemos que la nombrada variedad del complejo normativo que da forma al universo constitucional hace que *no todas las normas tengan eficacia inmediata e integral*, pues si así fuera —como observáramos anteriormente⁴³⁸— en principio no habría lugar para postular la omisión inconstitucional.

Desde esta óptica, si una disposición presenta *eficacia limitada* que torne más ostensible la necesidad de intermediación del legislador, en caso de corporizarse la inoperancia de éste para cumplir la manda constitucional y, en consecuencia, su negativa a poner en funcionamiento aquella norma, el juez debería intervenir ejerciendo el control sobre la inconstitucionalidad por omisión acaecida.

Con tal propósito, podría activar alguna de las opciones a su alcance, *inter alia*, emplazar al legislador, efectuarle recomendaciones, o proporcionar directamente una solución provisoria desde la jurisdicción si aquel no respetara el contenido de la sentencia en cuestión.

Así, el magistrado conjugaría el principio de autonomía del legislador con la exigencia que sobre sí mismo pesa en cuanto a procurar el efectivo cumplimiento de los preceptos constitucionales.

En síntesis, creemos que el eje del asunto no radica centralmente ni se agota en una discusión puramente léxica o taxonómica, del tenor de debatir sobre la ortodoxia

436 Ídem.

437 *Ibid.*, pp. 59-60.

438 Seguimos aquí a PIOVESAN, Flavia, op. cit., *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, pp. 185-186.

de concebir normas constitucionales programáticas o normas constitucionales operativas, de recurrir a cualquier otra clasificación al respecto o de encapsularlas bajo un determinado rótulo.

Lo importante, en definitiva, sean cuales fueran las categorías tipológicas que se ensayaran para subsumir a aquellas normas, es que existan mecanismos para garantizar la efectividad de la Constitución, hacer viable su fuerza normativa y, en consecuencia, asegurar su supremacía, misión para cuyo cabal cumplimiento el control respecto de las omisiones inconstitucionales puede representar una significativa y valiosa pieza en el engranaje institucional del Estado Constitucional, en el que —aunque la apreciación pudiera alojar alguna tautología— la Carta fundamental debe ocupar un lugar de privilegio.

4. División de poderes y libertad de configuración normativa del legislador

A) En complementación de lo afirmado en otros segmentos de esta investigación, entendemos que no sería válido negar al legislador su legítima libertad de conformación o configuración normativas.

Sin embargo, captada en su justa medida, tal libertad supone que aquel podrá seleccionar la oportunidad adecuada para emanar la legislación y elegir qué contenido asignará a la misma, asunto que es bien distinto a legitimar una posposición *sine die* de la normativa en cuestión.

En otros términos, lo anterior quiere decir que está a su alcance elegir razonablemente el momento adecuado para dictar la ley y seleccionar qué tenor atribuirle, pero ello no implica quedar definitivamente relevado de emitir la legislación correspondiente, pues tal inercia podría ser controlada por la magistratura si bloquea arbitrariamente el vigor normativo de la Constitución; o si, ya en tarea de desarrollo constitucional, la preceptiva que sancione lesiona el principio de igualdad (u otros principios o valores constitucionales), al relegar injustificadamente a un grupo de lo que a otro concede en similitud de circunstancias.

Estar facultado para analizar la oportunidad, el mérito o la conveniencia del dictado de una determinada norma no supone, en palabras de BIDART CAMPOS, “*inmunidad para hacer, no hacer, o hacer de cualquier manera lo que le incumbe al órgano*. Verificar que lo que hace, lo que deja de hacer, el fin y el medio por los que opta, y el modo como actúa o como se inhibe están de acuerdo con la Constitución, no es sujetarlo a una fiscalización lesiva de su zona competencial y de su capacidad de criterio y de decisión. Es otra cosa: es *plasmar la exigencia de asegurar y efectivizar la fuerza normativa de la*

*Constitución allí donde el órgano controlado no le dio aplicabilidad operatoria, o se la dio inconstitucionalmente*⁴³⁹.

B) No cabría desdeñar la advertencia que VILLAVERDE MENÉNDEZ formula en el sentido de que el silencio del legislador puede ser un sutil instrumento en sus manos para disponer de la voluntad del constituyente a su antojo, y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una manera mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la ley⁴⁴⁰. Propone así que, a través del control de las omisiones inconstitucionales, se supere esa imagen inocua del legislador silente, sosteniendo que la omisión será censurable si con su silencio el legislador alterara el contenido normativo de la Constitución⁴⁴¹.

Es que, como con agudeza postulara GÓMEZ PUENTE, si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto, como de hacerlo sobre una omisión legislativa⁴⁴².

A su vez, el autor citado en último término explica que el hecho de que ese control adquiera matices propios de la actuación normativa es perfectamente comprensible tratándose de reducir una omisión legislativa, y aunque no fuera así, sucedería lo mismo, pues dicho control se dirige contra un poder normativo, ya que no en vano suele reconocerse o reprocharse a los tribunales constitucionales la condición de legislador negativo⁴⁴³.

C) En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en los que reiteradamente hemos reclamado de la justicia constitucional una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, GÓMEZ PUENTE indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación jurídico-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter⁴⁴⁴.

439 BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 167-168.

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

441 Ídem.

442 GÓMEZ PUENTE, Marcos, op. cit., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, p. 270.

443 Ídem.

444 Ídem.

Paralelamente, y para testimoniar la estrecha vinculación existente entre la verificación y el control de la omisión legislativa por el juez constitucional y la labor interpretativa e integrativa del derecho por éste, se visualiza que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad⁴⁴⁵.

D) En definitiva, de ningún modo se propone aquí transgredir la separación de poderes ni coartar la libertad de configuración del legislador, sino que lo que en realidad se procura mediante el control ejercitable sobre las omisiones inconstitucionales es justamente lo contrario: coadyuvar a que se garantice y asegure la sujeción del poder a la Constitución, Norma básica que vincula a todos los poderes constituidos en el marco de un bien entendido Estado Constitucional.

5. ¿Gobierno de los jueces?

A) Con algún punto de toque con la crítica inmediatamente anterior, ciertos detractores del instituto enfatizan sus discrepancias apuntando a que éste podría abrir la puerta a un “gobierno de los jueces”.

En realidad, la denominación “gobierno de los jueces” proviene de EE.UU. donde se la conoce como *Government by the Judiciary*. Desde allí fue difundida al mundo francófono identificándola como *Gouvernement des Juges*, entre otros —aunque pionera y fundamentalmente— de la mano de LAMBERT⁴⁴⁶, y luego extendida a la literatura jurídica de otros sitios de Europa, v. gr., Italia o Alemania.

En este último país puede, por ejemplo, citarse la dura crítica de FORSTHOFF que, en defensa de los métodos tradicionales de interpretación (gramatical, histórico, lógico y sistemático) impulsados por SAVIGNY y en contra de los “nuevos métodos” pretendidamente extraños a la ciencia del derecho, ha puntualizado que al influjo de estos últimos la Constitución pasa a convertirse en expresión de la ideología gremial de los jueces y se produce la *transformación del Estado de Derecho en Estado de la Judicatura (Justizstaat)*⁴⁴⁷.

445 Ídem.

446 Ver, por ejemplo, LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, M. Giard & Cie., Paris, 1921.

447 FORSTHOFF, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en DREIER, Ralf y SCHWEGMANN, Friedrich (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Nomos,

Urge aclarar que los autores citados en los párrafos anteriores no refutan directamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, sino en general cualquier incremento de la discrecionalidad judicial al momento de interpretar y aplicar las disposiciones jurídicas, que permita a los jueces “crear” derecho. Los argumentos de aquellos son modelados discursivamente y utilizados por quienes sí cuestionan la corrección de las pretericiones inconstitucionales por la magistratura constitucional, imaginando en tal atribución un desmesurado avance de ella primordialmente sobre la superficie funcional del Poder Legislativo.

Para cerrar el círculo de tratamiento del problema específico que aquí abordamos, conviene dejar constancia de que las respuestas doctrinarias a las objeciones de FORSTHOFF no se hicieron esperar. Por citar un ejemplo al respecto, traemos la visión de un encumbrado autor alemán: Otto BACHOF.

Éste trazó un esquema argumental que perfectamente podríamos suscribir hoy, a más de cinco décadas de ser expuesto. Planteó entonces: que el juez siempre tiene, incluso bajo el dominio del más estricto positivismo legalista, una parte en la creación del derecho que no se puede ignorar; que por lo mismo, la idea de que el juez se limita a la mera subsunción del caso bajo la ley, sin que su voluntad juegue ningún papel, ha sido hace tiempo desterrada; y que en toda interpretación judicial de una norma se conforma al mismo tiempo dicha norma en parte, y en todo juicio de valor que el juez lleva a cabo hay siempre un componente de decisión originaria sobre el ordenamiento jurídico⁴⁴⁸.

Con mayor o menor nitidez, vemos aquí plasmadas imágenes de diversas cuestiones que hemos venido planteando en este trabajo: *i*) las diferencias cualitativas del rol y las facultades del juez entre el Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional; *ii*) la necesidad de aquel de explorar nuevas vías hermenéuticas para resolver cuestiones complejas, en tanto la subsunción —sin haber desaparecido— no es una alternativa útil a la hora de enfrentarse con conflictos entre derechos o entre principios constitucionales en supuestos dilemáticos; *iii*) la tarea nomotética o nomogenética que tiene el juez constitucional, a quien ya no le es posible quedarse varado en el marco de una labor exclusivamente nomofiláctica; e incluso, *iv*) al hilo de ello, se insinúan ciertos rasgos de la legitimación para pronunciar sentencias interpretativas por parte de aquel.

Baden-Baden, 1976, pp. 51-79; mencionado en el interesante libro de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 280.

Uno de los destinatarios del tajante rechazo a las nuevas propuestas hermenéuticas fue el conocido jurista alemán Rudolf SMEND, que —como tuviéramos ocasión de explicar— propiciaba el método denominado “científico-espiritual”.

448 BACHOF, Otto, “Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge”, en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für Hans Huber zum 60 Geburtstag*, Stämpfl & Cie., Bern, 1961, pp. 27 y ss., 44 y ss.; referido por GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit. en llamada anterior, p. 280, nota 98 a pie de página.

B) Aunque paradójico, es precisamente en uno de los puntos de cuestionamiento que se levantan contra la posibilidad de controlar las pretericiones inconstitucionales (la vulneración de la división del poder o división de funciones —en terminología *guastiniana*⁴⁴⁹—), donde se aloja un significativo pilar para sustentar la viabilidad de semejante modalidad de inspección constitucional.

Efectivamente, es en el contexto de un esquema gubernamental de verdadero (y no sólo declamado) respeto por el principio republicano de escisión del poder, donde podría operar el ejercicio cabal de tal aptitud fiscalizadora por parte de la magistratura jurisdiccional.

Mutatis mutandis, en línea convergente GARCÍA PELAYO ha explicado: “Para que realmente la judicatura pueda desarrollar el papel que le asignan los autores alemanes [se refiere al realce que adquiere la función judicial, encaramándose como uno de los poderes fundamentales del Estado y como eficaz custodio del orden constitucional y de los valores jurídicos permanentes] *es preciso que su independencia respecto a los otros poderes no sea solamente formal, sino también real*”⁴⁵⁰.

C) No es que se pretenda habilitar un “arma” para convalidar “indebidas interferencias” de la judicatura en los restantes órganos estatales. De lo que sí se trata es de evitar que la mora legislativa (o la de los órganos competentes) bloquee la fuerza

449 Por razones de simplicidad, en tanto la fórmula léxica “división de poderes” es ampliamente conocida y empleada, mantendremos aquí su utilización.

Sin embargo, no ignoramos por ejemplo la interesante posición de GUASTINI, quien escinde en dos las diferentes técnicas de organización del poder político, distinguiendo entre “separación de los poderes” y “división del poder” [énfasis del original].

Sobre la primera y antes de señalar que según la doctrina clásica el Estado cumple tres funciones (legislativa, jurisdiccional y ejecutiva), advierte que el vocablo “poder” condensa en sí dos significados: a) “poder” referido a las funciones del Estado, donde “función” a su vez denota una actividad, esto es, una clase de actos; y b) “poder” en referencia a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones. Desde ese punto de vista, juzga que la *separación de los poderes* consiste en una doble separación: de las funciones y de los órganos. Por su parte, entiende que el modelo de separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el de especialización de las funciones y el de independencia recíproca de los órganos. En otras palabras “separar” significa *especialización* cuando está referido a *funciones*, e *independencia* cuando se refiere a órganos.

De su lado, “división del poder” es la técnica de organización constitucional comúnmente conocida como *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Se rige por la simple idea de MONTESQUIEU según la cual “sólo el poder frena al poder” y en ese sentido, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos, es necesario no ya que los “poderes” estén perfectamente “separados”, sino por el contrario, que a cada “poder” se contraponga otro, capaz de condicionarlo y de frenarlo.

Respecto de todo lo anterior, véase GUASTINI, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, trad. de María Bono López, op. cit., *Estudios de teoría constitucional*, pp. 59-83, en esp. pp. 59-60, 64 y 66.

450 GARCÍA PELAYO, Manuel, “Algunos temas de Derecho Constitucional contemporáneo”, en *Obras completas*, Tº III, CEC, Madrid, 1991, p. 2820 (y su relación con lo expresado en p. 2819).

normativa de la Constitución. Un argumento de no menor centralidad indica que la Ley fundamental es la fuente primera y superior (es “fuente de fuentes”)⁴⁵¹, no así los órganos del poder constituido, los que (improcedentemente) se autoarrogarían la calidad de fuente de legitimidad (incluso sobre la propia Constitución) en la medida en que —al influjo de su inercia— harían sucumbir los designios constitucionales.

Siempre existen remedios o antídotos contra los potenciales “desbordes” de la magistratura, v. gr.: la autolimitación judicial, que se conoce en el derecho norteamericano como *self-restraint* y, entre otras alternativas, la posibilidad de que el órgano remiso dicte en cualquier momento la norma que resulta suplida por la sentencia “aditiva” para sortear una inconstitucionalidad por omisión relativa (temática sobre la que volveremos).

Concretamente en referencia a esta última tipología de resoluciones (“aditivas”) y a las probables limitaciones para evitar los “excesos” jurisdiccionales, PIZZORUSSO ha precisado que “es notorio que, mediante el recurso a esta técnica, se abren muy amplias posibilidades de innovación del ordenamiento mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, con la consiguiente amenaza de desbordar el marco general de distribución de funciones entre los órganos constitucionales del Estado. Este riesgo, sin embargo, puede ser oportunamente conjurado por los ‘frenos’ siguientes: **a)** mediante la propia *autolimitación* (‘self-restraint’) a la que recurre frecuentemente el Tribunal, no ya sólo en virtud de una genérica prudencia por parte de sus miembros sino también por la advertencia de la posibilidad con que cuenta el Parlamento ‘to curb the Court’ mediante intervenciones legislativas o a través de la revisión constitucional en el caso de una grave situación de conflicto [...]; **b)** por la circunstancia de que la iniciativa en el proceso constitucional corresponde a sujetos extraños al propio Tribunal, sobre los que éste tiene sólo una influencia limitada; le queda sólo al Tribunal la posibilidad de proceder ante sí mismo como juez ‘a quo’; **c)** por la posibilidad —ratificada prácticamente a lo largo de toda una diversidad de casos— de *llegar a acuerdos informales entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales* con vistas, al menos, a la aceleración o ‘atemperamiento’ [sic] en el ritmo de determinados procesos”⁴⁵².

D) Sentado ello, es casi de Perogrullo reiterar la exigencia de una elevada dosis de prudencia, medida y equilibrio en el accionar de la magistratura, para sortear el riesgo de deslizarse hacia una “*banalización de las inconstitucionalidades*”⁴⁵³.

451 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, p. 169.

452 PIZZORUSSO, Alessandro, op. cit., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tº II, p. 342.

453 La expresión corresponde a GOMES CANOTILHO, José Joaquim, op. cit., *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 333.

Ahondando en las necesarias dosis de equilibrio judicial para ponderar los efectos de la decisión por adoptar, y a salvo las diferencias en cuanto a los sistemas de control constitucional (órganos que lo desarrollan, modalidad de tal fiscalización, efectos de las sentencias —*inter alia*—) entre la jurisdicción constitucional en países de Europa que mayoritariamente adoptan el control concentrado y la Argentina que prohija el difuso, pero con una textura de suficiente importancia como para ser insertado aquí, conviene colacionar el interesante enfoque que brinda GARCÍA DE ENTERRÍA, quien se refiere a la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (i.e., políticas) de la decisión que está llamado a dictar, en tanto la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y sus criterios de fondo⁴⁵⁴.

El maestro español reenvía a BACHOF, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son “políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”, por lo que, “más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las *consecuencias* —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias”⁴⁵⁵ [remarcado del original].

En definitiva, la conclusión a la que arriba GARCÍA DE ENTERRÍA es que el tribunal constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones⁴⁵⁶; sin embargo, y citando nuevamente a BACHOF, matiza la apreciación en cuanto a que “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento. [...] En caso de conflicto entre el Derecho y la política, el juez está sólo vinculado al *Derecho*”⁴⁵⁷ [énfasis del original].

En otras palabras, el tribunal constitucional, en su doble función de tribunal y órgano constitucional, no podría rehuir el examen de las consecuencias políticas del pronunciamiento a emitir, pero en definitiva, y más allá de ello, su vinculación última ancla raíces en el Derecho.

454 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 179-180.

455 BACHOF, Otto, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, publicado en la recopilación a cargo de HÄBERLE, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. en nota anterior, p. 180.

456 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 183.

457 BACHOF, Otto, op. cit., “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, pp. 302-303; mencionado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit. en nota anterior, pp. 183-184.

E) Complementariamente y *mutatis mutandis*, se ha aseverado que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores, y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico, puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico. Se ha añadido que la interpretación de la norma (y, agregamos, la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve⁴⁵⁸.

Para engarzar las apreciaciones siguientes con otras vertidas anteriormente acerca de la magnitud normativa de la Constitución, parece conveniente recrear —por precisión y actualidad— algunas afirmaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA que, aunque dirigidas a justificar genéricamente la existencia de la justicia constitucional contra las objeciones que se le formulan, resultan válidas para brindar plafón legitimante también a la procedencia del control sobre la inconstitucionalidad omisiva.

Así, pone en primer plano una fórmula sintetizadora de su pensamiento al aseverar que *todo el problema enraíza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica*. Puntualiza que si la respuesta es negativa, la Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, sustituible en cualquier momento cuando el equilibrio de estos cambie; pero si a la Constitución se la provee de los caracteres de una norma jurídica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad de que se trate, la perspectiva cambia y la Constitución no será considerada ya como un simple mecanismo de articulación más o menos ocasional de grupos políticos⁴⁵⁹, sino como “el estatuto básico de la vida común, lo cual implica [...] una necesidad nueva, no presente en las Constituciones puramente mecanicistas, la *necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos, o, en otros términos, derechos de éstos, tanto a una vida privada exenta del poder como a la dominación e instrumentación de éste, como, en fin, a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad*”⁴⁶⁰. Y si a esta definición de esferas de actuación se la dota deliberadamente de la condición de *norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente*⁴⁶¹.

458 SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 114 y ss.

459 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 175.

460 *Ibid.*, p. 176.

461 Ídem.

De esta manera, a la justicia constitucional le corresponderá siempre hacer prevalecer la Constitución, sea suprimiendo los actos normativos incompatibles con ella, sea supliendo las omisiones inconstitucionales o urgiendo a que éstas sean salvadas por los órganos competentes en orden a evitar o remediar que se retarde o dificulte la efectivización de la Ley fundamental⁴⁶².

6. El ejercicio del control sobre la inconstitucionalidad omisiva rebasaría la naturaleza del tribunal constitucional como “legislador negativo”

Esta respuesta será breve pues en otros segmentos de esta investigación hemos expuesto nuestra posición sobre la actual insuficiencia del paradigma kelseniano de “legislador negativo”. Reenviamos, así, a lo puntualizado precedentemente y también a algunas de las consideraciones que acabamos de exponer en el apartado anterior al replicar el cuestionamiento en torno al alegado peligro del “gobierno de los jueces”.

Indudablemente los tribunales constitucionales, con mayor o menor dosis de activismo o arrojo, despliegan una actividad creadora de derecho. Por cierto, al examinar el copioso catálogo de posibilidades sentenciales que desde hace bastante tiempo se viene perfilando en la práctica jurisdiccional comparada (por ejemplo, en los sistemas alemán, italiano o español; y también en el colombiano o el peruano), queda sobre la superficie la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la estrechez del modelo del “legislador negativo” y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente, entre otros problemas, a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión⁴⁶³.

En otras palabras, las necesidades funcionales cotidianas de la justicia constitucional la han empujado a elaborar *sentencias “atípicas o intermedias”* que escapen de la única y cuasi automática alternativa entre desestimar la demanda y mantener en el ordenamiento jurídico la norma cuestionada, por un lado, o acoger la acción y desterrar del sistema la cláusula enjuiciada a través de su declaración de invalidez constitucional, por el otro.

Aquella praxis jurisprudencial comparada muestra también cómo los tribunales, las cortes y salas constitucionales paulatinamente acentúan la búsqueda de opciones

462 Cftar. BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 7ª ed. atualiz., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 170.

463 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, España, 2000, *passim*.

para enfrentar, principalmente, las inercias legislativas inconstitucionales *relativas*. También, aunque con menor intensidad, las *absolutas*.

De hecho, se observa el dictado de pronunciamientos “aditivos clásicos o puros”, decisiones exhortativas, resoluciones apelativas, fallos de mera inconstitucionalidad sin nulidad e incluso (ya específicamente en Italia) sentencias “*additive di meccanismo*” o “*additive a dispositivo generico*”, por enumerar sólo algunos de los instrumentos tendientes a salvar las pretericiones inconstitucionales.

Convergentemente, el recurso al diferimiento de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y los exhortos dirigidos al legislador tienden, en mayor o menor medida y respectivamente, a que la actividad legisferante se ponga en marcha para subsanar un dispositivo legal insuficiente ante el déficit de protección que contiene en detrimento de determinados (frustrados) destinatarios legítimos que no quedaron alcanzados por la cobertura de dicha normativa; o bien, para impulsar al congreso o parlamento a emanar las previsiones correspondientes a los fines de desarrollar mandatos constitucionales ilegítimamente mediatizados.

Y si a todo ello se suma la existencia de disposiciones *constitucionales* (Portugal, en cierto sentido Hungría, Brasil, Venezuela, Ecuador) o *legales* (Costa Rica, República Dominicana), que *expresamente* han positivado el control sobre las omisiones inconstitucionales en el marco competencial de los respectivos tribunales, cortes o salas constitucionales de esos países, poco espacio queda para predicar que la crítica por el presunto desborde del rol de “legislador negativo” de los órganos máximos de justicia constitucional al combatir la inconstitucionalidad por preterición, pueda tener fuerte consistencia o sustentabilidad.

7. Control de las omisiones inconstitucionales y tesis de las cuestiones políticas no justiciables

A) Sería jurídicamente endeble un eventual argumento negatorio de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, esgrimiendo que se estaría ante la presencia de una cuestión política (*political question*), por ende, no susceptible de ser alcanzada por la fiscalización judicial⁴⁶⁴.

464 BIANCHI distingue cinco clases de “cuestiones políticas”, a saber: *a*) las cuestiones políticas por naturaleza; *b*) las cuestiones políticas funcionales; *c*) las cuestiones que el Congreso dice que son políticas; *d*) las cuestiones políticas creadas por la voluntad discrecional de los jueces; y *e*) las cuestiones políticas “encubiertas” (BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Tº 2, 2ª ed., actualiz., reestruct. y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 272-285).

Por varias razones, una alegación genérica e indiscriminada en tal sentido resultaría insostenible.

En primer lugar, porque si la Constitución es la norma suprema de un ordenamiento jurídico y si ella ostenta vigor y densidad normativos, el garante del mantenimiento de tal supremacía efectiva es la justicia constitucional, que tiene la atribución-deber de ejercer tal control.

Ciertamente el contralor de constitucionalidad no es una concesión graciosa conferida a la magistratura judicial, sino que —a la par que potestad— es un *deber* que sobre la misma se cierne en pro de mantener la incolumidad jerárquica de la Ley fundamental.

Y si la omisión o inercia legislativas resultan violatorias de la Constitución y provocan un perjuicio, la judicatura debería intervenir para corregir tal situación jurídica anticonstitucional, no siendo sustentable el argumento proscriptivo de tal actuación so pretexto de que se trata de una pretendida “cuestión política”. Es que el Poder Legislativo, al igual que todas las autoridades públicas, se encuentra vinculado a la Constitución y su conducta *contra Constitutionem* puede provenir tanto de un ejercicio activo de la función legisferante (v. gr., dictar una ley que viole la Ley fundamental) como de una abstención (omitir el cumplimiento de una obligación de fuente constitucional y, por ejemplo, no desarrollar —o hacerlo deficientemente— un precepto constitucional en tal sentido).

En cualquiera de ambos casos (inconstitucionalidad por acción o por omisión) la magistratura puede y debe intervenir en el marco de su plexo competencial, para censurar y corregir el accionar o la inercia contrarios a la Constitución.

Sucede que, ya en el caso específico de la pretermisión del legislador, la vigencia de la Ley fundamental no puede quedar supeditada a su exclusiva merced, puesto que la preeminencia constitucional no le resulta disponible. En ese sentido, con acierto se ha subrayado que *la supremacía constitucional no sólo es supremacía sobre la ley; también, y sobre todo, esa supremacía se manifiesta como plena indisponibilidad de la Constitución por el legislador ordinario*⁴⁶⁵.

B) Un enfoque argumental que predicara que el control sobre la omisión del legislador atenta contra su autoridad o legitimidad democráticas (las que le faltarían al juez) y afecta la división de poderes tampoco resultaría decisivamente consistente, ya que *en función de dichas autoridad y legitimidad democráticas* es que en el Estado Constitucional el legislador *debe* someterse a la Constitución, acatar sus designios y cumplir sus imposiciones.

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

Si no lo hiciera, no respetara el plazo fijado por la Ley fundamental o legislara deficitariamente, sería razonable pensar en la posibilidad de que la judicatura ejerciera su deber de control de constitucionalidad, restableciera la supremacía constitucional quebrada y asegurara los derechos y las garantías que la Carta magna consagra, instando al cumplimiento de la labor totalmente preterida o corrigiendo la legislación transgresora de la igualdad u otro principio constitucional al haber incurrido en omisión inconstitucional relativa.

Como propone VILLAVERDE MENÉNDEZ, no es irrelevante tomar en consideración que la relación entre Constitución y legislador no es una relación entre dos sujetos que pugnan por la soberanía; la relación es objetiva, de una norma con los actos normativos del sujeto al que le confiere la facultad de dictarlos. La función que cumple el control jurídico de los silencios legislativos es la de restablecer la supremacía de la Constitución si ha sido menoscabada por la quiescencia legislativa, no la de obligar al legislador a legislar. Así, aquella relación debe pensarse en términos de un equilibrio para que el legislador no pierda su autonomía política ni se convierta en un mero ejecutor constitucional⁴⁶⁶.

A su tiempo, SAGÜÉS indica que al Poder Judicial le toca advertir que debe reparar de algún modo las infracciones omisivas a la Constitución, dando satisfacción pertinente a los daños causados por tal silencio, lo que obliga a “judicializar aspectos que antes eran no justiciables, y a adoptar poses creativas a la vez que cautas, no por mera conveniencia o activismo, sino para tornar efectivo el mandato constitucional”⁴⁶⁷.

El autor referido advierte que el perímetro de las *political questions* no está por lo común delimitado por el texto constitucional, sino que es producto de las propias autolimitaciones fijadas por el Poder Judicial, cuyo contenido varía según el tiempo, por lo que *un cambio en la conciencia jurídica de un país puede restringir significativamente el área de las cuestiones no justiciables como ocurre con el tema de la inconstitucionalidad por omisión, mutación a la que contribuye el derecho comparado a través de las reglas constitucionales que tratan el tema y que estimulan su recepción por obra creativa de doctrinarios y jueces en los países que carecen de tales normas constitucionales específicas*⁴⁶⁸.

C) Fuera y más allá de la vinculación estricta entre el problema de la inconstitucionalidad por omisión y la improcedencia de alegar la inmunidad de tales

466 *Ibid.*, p. 5.

467 SAGÜÉS, Néstor P., op. cit., “La inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales”, p. 280.

468 *Ibid.*, pp. 272-273.

cuestiones no justiciables frente al contralor judicial, se aprecia que, afortunadamente, en el ámbito de la jurisprudencia de la CSJN argentina tal doctrina proscriptiva se encuentra en repliegue⁴⁶⁹, lo que evidencia una percepción aperturista del Alto Tribunal en pro de ensanchar el horizonte de las cuestiones justiciables y, *a fortiori*, se ven ampliadas las posibilidades del control respecto de las omisiones lesivas de la Constitución o, al menos, se estrangula el margen para que el órgano judicial acuda a aquella categoría de cuestiones impenetrables jurisdiccionalmente y negarse, así, a ingresar a su estudio.

8. Riesgo de politización del Poder Judicial o el tribunal constitucional

Se ha sostenido que el control de la inconstitucionalidad por omisión es un *instrumento de politización de la justicia constitucional*, sobre todo cuando es manifestación no de una indolencia del legislador, sino de una decisión política⁴⁷⁰.

Discrepamos de tal percepción. Es que existe una premisa básica en el Estado Constitucional: la justicia constitucional es política por su materia, lo que supone bregar con cuestiones de ese talante afrontándolas reflexivamente con métodos y criterios jurídicos; por tanto, no puede vivir aislada de los procesos y problemas políticos.

El derecho constitucional y el derecho procesal constitucional, al concentrarse en lo público, en lo institucional, en la defensa de la Constitución, en la protección de los derechos fundamentales, necesariamente se revisten de una textura jurídico-política.

Así, si la justicia constitucional se ocupa de un derecho como el constitucional, que distribuye posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político,

469 Aunque con algunos *lunares* (v. gr. “Guadalupe Hernández, Simón Fermín”, resuelto el 31 de agosto de 1999 —*Fallos*, 322:1988—), diversas causas dirimidas por la CSJN argentina brindan testimonio en tal sentido, por ejemplo: “Iribarren, Casiano Rafael c/ Provincia de Santa Fe”, de 22 de junio de 1999 (*Fallos*, 322:1253); “Fayt, Carlos S. c/ Nación Argentina”, de 19 de agosto de 1999 (*Fallos*, 322:1616); “Zavalía, José L. c/ Provincia de Santiago del Estero”, de 21 de septiembre de 2004 (*Fallos*, 327:3852); “Hooft, Pedro Cornelio F. c/ Provincia de Buenos Aires”, de 16 de noviembre de 2004 (*Fallos*, 327:5118); el ya abordado caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 29 de marzo de 2005 (*Fallos*, 328:566); “Bussi, Antonio Domingo c/ Estado nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ Incorporación a la Cámara de Diputados”, de 13 de julio de 2007 (*Fallos*, 330:3160); y “Patti, Luis Abelardo s/ Promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación”, de 8 de abril de 2008 (*Fallos*, 331:549).

470 Para graficar esa aprensión, que no comparte, VILLAVERDE MENÉNDEZ cita la decisión del *BVerfG* 1, 97, de 19 de diciembre de 1955 y, entre otras referencias autorales, el razonamiento de LEIBHOLZ, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Scriptor, Kronberg/Ts., 1974, 3ª ed., reimpres., 1967, pp. 177-178 (vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, pp. 29-32 y nota 19).

consecuentemente el objeto sometido a su examen “*viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político*”⁴⁷¹. De su lado, específicamente el ejercicio del control de constitucionalidad origina un fuerte impacto político-institucional.

En una interesante aproximación, referida al escenario jurídico alemán pero con valencia exógena, HÄBERLE ha puntualizado que el Tribunal Constitucional Federal “*decide, juzga en nombre de la Ley fundamental y es parte del proceso político, lo dirige y es influenciado por él y en él influye: ello se debe a que su objeto es la Constitución de la comunidad política*”. Ha añadido que “[e]sta ‘res publica’ es cosa de todos. *La confrontación entre Derecho y Política, entre función jurisprudencial y función política, la terminología ‘Derecho apolítico’ no pueden continuar*”⁴⁷².

De allí que no alcanzamos a ver cómo la declaración de inconstitucionalidad *positiva*, es decir, de un producto normativo, no llevaría a la politización del tribunal constitucional o de la corte suprema de justicia, mientras que la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales del legislador, que supondría censurar una inconstitucionalidad *negativa*, sí lo haría.

Cerramos este capítulo resaltando que, frente a la supremacía y la normatividad de la Constitución, la vinculación a ésta de todos los poderes constituidos (incluido, claro está, el parlamento o congreso) y la evolución del rol de los tribunales constitucionales (que ya no actúan solamente como “legisladores negativos”), no comprendemos de qué manera un control prudente y serio desplegado por aquellos respecto de la indolencia legislativa en materializar las determinaciones normativas, mantenida durante un plazo temporal prolongado, podría acrecentar el riesgo de *politización* de los órganos de cierre de la justicia constitucional.

471 Ver CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 304.

472 HÄBERLE, Peter, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 125, julio-septiembre de 2004, trad. de Joaquín Brage Camazano, CEPC, Madrid, p. 11.