

TÍTULO DÉCIMO

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ARGENTINA (I): BASE CONSTITUCIONAL LEGITIMANTE

CAPÍTULO

I

**¿EXISTE UNA PLATAFORMA
NORMATIVA DE SUSTENTO
PARA HABILITAR LA
INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN?**

I. Introducción

Corresponde aclarar preliminarmente que con lo argumentado hasta aquí, tanto respecto de la inconstitucionalidad como de la anticonvencionalidad por omisión, en modo alguno hemos pretendido alentar a la magistratura judicial a que invada indiscriminadamente las competencias legislativas ni a que suplante al legislador.

Lejos de ello el objetivo ha sido llamar la atención sobre la conveniencia de articular con éste una labor de colaboración (no subalterna ni en estado de inferioridad⁵⁷¹) en aras de abastecer el elevado fin de preservar la magnitud suprema de la Ley fundamental y, obviamente (en el caso argentino), de “afianzar la justicia”, postulado trascendente y de permanente y dinámica actualidad, disparado desde el proemio constitucional.

Dicha pauta del Preámbulo se presenta como un valor no negociable ni transigible, que tampoco es —por cierto— meramente retórico o declamatorio. Por el contrario y como alguna vez sostuviera la CSJN, es un “propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor *justicia* en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad”⁵⁷² [énfasis del original].

Y en torno a la problemática anunciada gira, precisamente, la idea que intentamos rescatar y auspiciar: la instalación definitiva en el seno del Máximo Tribunal (y de la magistratura toda) de la percepción consistente en que su atribución-deber de mantener incólume la supremacía constitucional, involucra no sólo el control constitucional sobre *acciones* eventualmente lesivas de aquella sino también frente a las *omisiones* análogamente inconstitucionales.

Pero, ¿existe una determinación constitucional legitimante que habilite a la magistratura judicial a desarrollar tal labor? En las líneas que siguen intentaremos dar respuesta fundada a tal interrogante.

571 Paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien al referirse a lo que denomina “sentencias-ley” de la Corte Constitucional italiana, señala que en la mayoría de los supuestos ellas responden, desde el punto de vista de las relaciones entre los poderes, a una razón de prudencia, o incluso de debilidad frente al poder legislativo, reflejando una “colaboración subalterna en estado de inferioridad”, un hacer lo que no debe hacerse sin atreverse a reclamar al legislador el cumplimiento de sus deberes, ante el hecho de que en ningún caso éste ha reaccionado de modo preciso y puntual a aquellas “sentencias-ley” (ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en VV.AA., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 117-118).

572 *In re* “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, de 6 de noviembre de 1980 (*Fallos*, 302:1284), pronunciamiento sobre el que volveremos.

El párrafo transcrito corresponde al consid. 7° de la “mayoría”, que estuvo compuesta por los ministros Gabrielli y Rossi. De manera conjunta y concurrente lo hicieron los jueces Frías y Guastavino.

II. Indagación acerca de la presencia o no de una matriz constitucional habilitante

1. Respuesta afirmativa

Arriesgamos una respuesta *positiva* a aquella pregunta. Nos apoyamos en varios elementos sustentados en reglas, principios y valores de la C.N., algunos existentes antes de la reforma de 1994 y otros inoculados por ésta, e incluso en ciertas pistas que —con o mayor o menor grado de fuerza discursiva— aporta la propia praxis de la CSJN.

2. Elementos, factores e ingredientes que abonan la posición asumida

No es irrazonable pensar en la existencia de una matriz adjudicatoria de competencia al órgano judicial para conjurar en un caso concreto la absoluta inacción legislativa que transgrede la fuerza normativa constitucional o para restablecer, v. gr., la igualdad vulnerada a través de la omisión relativa inconstitucional⁵⁷³, por ejemplo y en este último caso, mediante el empleo de los varias veces citados modelos “unilaterales o bilaterales” de solución.

Así lo indica la convergencia de una serie de pautas, entre las que se cuentan, las siguientes (y otras que serán aludidas *infra*):

- Los arts. 14⁵⁷⁴ de la Ley fundamental, en punto al *derecho a peticionar ante las autoridades*, y 18 respecto de la *garantía de defensa en juicio y el debido proceso*, que cobijan el postulado de *acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial eficaz*.
- La autodeclaración que la Carta básica realiza en punto a la intensificación de su *vigor normativo* (art. 36).
- La ampliación del plafón de *derechos explícitos* (v. gr., arts. 37, 41, 42).
- El art. 31, *Ibid.*, que atribuye la *supremacía constitucional* y que, luego de la reforma de 1994, viene complementado por el art. 75, inc. 22, párrafo 2º, que —en sustancia— ha dotado de *jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos*.

573 Empleamos, *mutatis mutandis*, algunas pautas señaladas por GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, op. cit., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, pp. 323 y ss.

574 Referido a los derechos civiles que gozan todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

- La resignificación del principio *pro persona*; además del criterio *in dubio pro actione*.
- El acrecentamiento de los *derechos implícitos* del art. 33 de la C.N., por vía de las fuentes internacionales a las que se ha adjudicado cotización constitucional.
- La existencia de una *jurisprudencia de la CSJN* que se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por parte del Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente.
- La literalización de los *procesos constitucionales de amparo, hábeas data*⁵⁷⁵ y *hábeas corpus* (art. 43, *Ibid.*).
- La incorporación de una regla expresa que admite el *control jurisdiccional de constitucionalidad*, al permitir que el juez que entiende en una acción de amparo declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión* lesivos (art. 43, primer párrafo).
- Y, entre otras cuestiones, un nuevo paradigma en materia de *igualdad*.

3. Análisis en particular

A) Autoafirmación de la fuerza normativa de la Constitución

Aun cuando el razonamiento pudiera aparecer a primera vista como producto de una interpretación forzada, no es insensato pensar que la Constitución contiene una autoexpresión de normatividad y vinculatoriedad jurídica en el párrafo que abre su art. 36, cuando afirma tajantemente: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*. Estos actos serán insanablemente nulos”⁵⁷⁶.

Como *mutatis mutandis* enseña BIDART CAMPOS, la Constitución se ha *juridizado*, es “derecho de la Constitución”, es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos. Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicarle tal fuerza o vigor, se ha reforzado

575 Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación “hábeas data”.

576 Paralelamente, dicha prescripción admonitoria del párrafo transliterado del art. 36 se conecta con las desgraciadas experiencias de interrupciones al normal desenvolvimiento institucional por la sola razón de la sinrazón de la fuerza, por ejemplo, la aciaga dictadura padecida en Argentina entre 1976 y 1983.

la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base (o de vértice)⁵⁷⁷.

Ello implica que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido⁵⁷⁸.

B) Ampliación del catálogo de derechos explícitos

Es lo que ha sucedido, por ejemplo y como anunciábamos, con los nuevos arts. 37, 41, 42, todos insertos en el capítulo segundo denominado justamente “Nuevos derechos y garantías”, correspondiente a la primera parte del texto constitucional, esto es, el tradicionalmente denominado *sector dogmático*. Ya en la *parte orgánica*, un tanto atípicamente, también aparecen nuevos derechos que remiten al segmento constitucional dogmático, v. gr., el art. 75, inc. 17, sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el sentido expuesto, el aludido *art. 37* positivó los *derechos políticos*, ausentes hasta entonces del texto constitucional explícito, aunque por supuesto presentes en la vida institucional a partir del aludido artículo 33 constitucional (incorporado en 1860 al texto de la Carta magna) y en el desarrollo normativo subconstitucional; el también señalado *art. 41* se refiere, *inter alia*, al *derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano* y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y el citado *art. 42* consagra los derechos de usuarios y *consumidores de bienes y servicios*.

C) Acrecimiento de los derechos no enumerados o implícitos

Como se adelantó, el texto anterior a la renovación constitucional ya contenía (y ésta mantuvo) una trascendente cláusula: la de los derechos implícitos, en el art. 33.

La innovación de 1994, con la adjudicación de rango constitucional a un nutrido bloque de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el nombrado art. 75, inc. 22, párrafo 2º (como veremos enseguida), garantiza un conjunto de

577 BIDART CAMPOS, Germán J., “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, op. cit., MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº II, p. 729.

578 Ídem.

derechos que se adosan a los que surgen del nombrado art. 33 de la Ley básica y a los explícitamente enunciados en esta última.

Si bien ese art. 75 (que enumera las competencias del Congreso de la Nación) corresponde formalmente a la *parte orgánica* de la Constitución, como explica BIDART CAMPOS, es expresión de un fenómeno normativo propio de la reforma de 1994 que consiste en incorporar a dicho segmento una serie de valores, principios y derechos que *obligadamente reenvían a la parte dogmática*⁵⁷⁹, tal como advertíamos respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

D) Jerarquización constitucional de un plexo de instrumentos internacionales

La adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párrafo 2º, *Ibid.*) hace que la antigua figura de la 'pirámide', en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de 'trapecio' en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Al solo efecto ilustrativo, cabe recordar que los instrumentos internacionales beneficiarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la que figura explícitamente en la Ley fundamental, por decisión de la Convención Constituyente de 1994, son: la DADDH, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la CADH, el PIDESC, el PIDCP y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDICM), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párrafo 3º), los siguientes documentos: *i*) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820⁵⁸⁰; y *ii*) la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778⁵⁸¹.

579 BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 289.

580 B.O. de 29 de mayo de 1997.

581 B.O. de 3 de septiembre de 2003.

E) Principios 'pro persona' e 'in dubio pro actione'

Es indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuentan la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes (otrora inexistentes o con una carga preceptiva entonces posible de mediatizar) y de reestudiar diversas categorías jurídicas a la luz de las pautas internacionales.

Como es de suponer, el incumplimiento de aquellas obligaciones en el plano transnacional generará la responsabilidad estatal internacional, que naturalmente resultará agravada si la preterición de que se trate supone una infracción —por acción u omisión— a normas iusinternacionales fundamentales.

En esta trama de conexiones y articulaciones entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, no puede pasar inadvertido que, por caso, algunas irradiaciones del art. 29 de la CADH quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inc. 'b'); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inc. 'c').

Aunque sobreabundante, lo dicho apunta a relevar que ante un conflicto de interpretación o aplicación jurídicas entre una norma internacional de derechos humanos y otra interna sobre la materia, *deberá en toda ocasión optarse por la solución que de modo más acabado y efectivo brinde mayor protección a los derechos humanos en juego, sea que se nutra de una fuente doméstica o de una proveniente del plano internacional.*

Ello nos conduce a un postulado sustancial que preferimos designar *pro persona* y no *pro homine*, pues aquella denominación tiene un alcance más vasto y resguarda la perspectiva de género.

Como se sabe, se trata de un axioma interpretativo que impone decantarse por la *norma más favorable a la persona humana*. Así, cuando se trata de *derechos*, corresponde optar por la disposición más amplia o la hermenéutica más extensivas; y si se trata de una *restricción permanente o una suspensión extraordinaria de derechos*, debe acudir a la disposición o la interpretación más ajustadas o restrictas.

En otras palabras, tal pauta activa la necesidad de concretizar el principio de *protección integral de la persona humana* alimentado por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico⁵⁸².

La dotación de cotización constitucional a los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos ha traído consigo la resignificación del principio *pro persona*, al que aludiéramos, y del también nombrado criterio *in dubio pro actione*, lo que supone que en caso de duda, debe estarse siempre en favor de la legitimación activa como vehículo para garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Otras pautas hermenéuticas ya citadas, en este caso, de cuño internacional, vienen por añadidura. Así, las contenidas en los arts. 26, 31.1 y 27 (éste sin omitir la hipótesis excepcional contemplada en el art. 46⁵⁸³) de la CVDT.

Aquella dotación de cotización constitucional a un nutrido grupo de documentos iusinternacionales por la Convención Constituyente de 1994 (art. 75, inc. 22, párrafo 2º) o —como vimos— posteriormente por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22, párrafo 3º), propicia el robustecimiento de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

582 Aunque fuera del ámbito argentino, este último fundamento (orientación de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos *hacia un idéntico sustrato axiológico*) fue puesto de manifiesto en un interesante precedente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador: Sentencia 52-2003/56-2003/57/2003, de 1 de abril de 2004, “Caso inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras”.

En dicho pronunciamiento la Sala revisa y modifica algunos de sus anteriores fallos en los que analizaba la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico salvadoreño, sentando ahora la pauta que indica que debe reconocerse que no son contrarias a la Constitución aquellas normas internacionales que sean análogas o más amplias en su reconocimiento sobre los derechos humanos, pues la Constitución en integración con los instrumentos internacionales en la materia forman un *corpus iuris* que dirige su ámbito de vigencia efectiva *hacia un mismo sustrato axiológico*: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad, es decir, dignidad, libertad e igualdad.

El texto (resumido) de la sentencia puede consultarse en *Diálogo jurisprudencial*, N° 1, julio-diciembre 2006, Corte IDH, IIDH, IIJ de la UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, D.F., 2006, pp. 153-163.

583 El multicitado art. 27 de la CVDT debe leerse en línea con el art. 46 de la misma. Es decir, como principio no puede alegarse el derecho interno para dejar de cumplir una obligación asumida por un tratado internacional, salvo cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto (lo que sucedería si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe —art. 46.2 de la Convención—) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, caso este último en el que —de acuerdo con DE LA GUARDIA— el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia (DE LA GUARDIA, Ernesto, op. cit., *Derecho de los tratados internacionales*, pp. 272 y 271).

F) *Literalización de los procesos constitucionales*

A lo largo de sus cuatro segmentos, el art. 43 franquea el acceso al texto de la Ley fundamental de los procesos constitucionales de amparo⁵⁸⁴ (párrafos 1º y 2º), hábeas data (párrafo 3º) y hábeas corpus (párrafo 4º).

a) El *proceso de amparo* es un instrumento de singular valía para dar canalización judicial a los derechos fundamentales, tanto en sus vertientes de *amparo individual o clásico* (párrafo 1º), como de *amparo colectivo* (párrafo 2º), complementadas por las siguientes normativas infraconstitucionales aplicables, en tanto sean compatibles con la Carta magna y según corresponda: **i)** la citada Ley N° 16.986, contra actos u *omisiones* de autoridad pública; **ii)** el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.), contra actos u *omisiones* de particulares; y **iii)** de otros subtipos específicos contenidos en normativas sectoriales, entre ellos amparos ambiental, electoral, sindical y por mora de la Administración.

Corresponde destacar que, reforma constitucional mediante, el radio de cobertura del *amparo individual o clásico* se ha visto significativamente incrementado en tanto quedan cubiertos bajo su tutela los derechos y garantías emergentes de la *Constitución, los tratados internacionales y las leyes*.

Procede la acción contra todo acto u *omisión* de autoridades públicas o de particulares. Asimismo, se ha positivado una facultad jurisdiccional que ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la CSJN, en cuanto a que el juez del amparo puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión lesivos*.

Ya respecto del *amparo colectivo*, éste es articulable contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. En estos casos, la legitimación activa se acuerda al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a tales fines y que se encuentren registradas conforme a la ley.

584 Aunque vastamente conocido, no podemos dejar de mencionar que en nuestro país el amparo fue concebido pretorionalmente. Los dos señeros precedentes que lo generaron fueron: *i)* el mencionado caso “Siri, Ángel” (*Fallos*, 239:459), donde el Tribunal se expidió por mayoría el 27 de diciembre de 1957, formada por los jueces Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso, mientras que el ministro Herrera votó en disidencia; y *ii)* “S.R.L. Samuel Kot” (*Fallos*, 241:291), de 5 de septiembre de 1958, también resuelto mayoritariamente, en esta ocasión por los jueces Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela, mientras que en minoría se pronunciaron los ministros Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte. Tales emblemáticos decisorios (sobre los que volveremos) dieron vida, respectivamente, al *amparo* contra actos de autoridad pública y contra actos de particulares.

Por lo demás, en el nombrado caso “Halabi” la CSJN ha interpretado que tal tramo del artículo 43 constitucional deja espacio para alojar a una categoría compuesta por *derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos* tutelables por medio de las “acciones de clase”.

b) En torno al *hábeas data*, desde nuestro punto de vista se trata de un *proceso constitucional autónomo, diverso del amparo*, con exigencias y alcances distintos de éste y que tutela un bien jurídico específico: *el derecho de autodeterminación informativa*⁵⁸⁵.

Este último es un *derecho autónomo*, con una doble dimensión: *sustancial*, como derecho en sí mismo; e *instrumental*, es decir, como soporte para la cobertura tutelar de otros derechos, *inter alia*, los de intimidad, honor, dignidad.

El dispositivo normativo que regula la materia (Ley de Protección de Datos Personales) fue sancionado el 4 de octubre de 2000 y lleva el N° 25.326⁵⁸⁶. A su vez, fue reglamentado por medio del Decreto N° 1.558/2001⁵⁸⁷.

c) En cuanto al *proceso constitucional de hábeas corpus*, el párrafo que clausura el artículo constitucional 43, expresa: “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

Rescatamos dos aspectos importantes: *i)* una de las hipótesis expresamente estipuladas permite la articulación del hábeas corpus en caso de *desaparición forzada de personas*⁵⁸⁸; y

585 Ver al respecto, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2012*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, pp. 371/76.

586 B.O. de 2 de noviembre de 2000.
Fue observada por el Poder Ejecutivo por medio del Decreto N° 995/2000, publicado en la misma fecha que la ley a la que se refiere.

587 B.O. de 3 de diciembre de 2001.

588 Mucho antes de la reforma de 1994, un lejano antecedente de tal previsión en la jurisprudencia de la Corte Suprema puede localizarse, *mutatis mutandis*, en el caso “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Pedido”, de 21 de diciembre de 1978 (*Fallos*, 300:1282). Votaron coincidentemente los ministros Gabrielli, Rossi, Frías, Daireaux y Guastavino.

Por lo demás, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 1994 se intensificó un proceso de normatización de diversos instrumentos contra ese flagelo, lo que obedece —claro está— a la gran cantidad de desaparecidos que dejó la espeluznante (y aludida) dictadura militar de 1976-1983. En ese sentido, pueden contabilizarse además del último segmento del art. 43 de la C.N., la jerarquización constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (tal como anunciábamos, por medio de la Ley N° 24.820); y, además de otras normas internas, la ratificación (el 14 de diciembre de 2007) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 2006), convención aprobada por medio de la Ley N° 26.298 (B.O. de 30 de noviembre de 2007),

ii) el juez está obligado a resolver de inmediato el hábeas corpus *aun durante la vigencia del estado de sitio*.

Por último, es interesante reiterar que la CSJN ha abierto una interesante brecha garantista al habilitar la procedibilidad del *hábeas corpus correctivo colectivo* en la aludida causa “Verbitsky”.

G) *En torno al principio de igualdad*

Es posible vislumbrar la gestación de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal*, simbolizada por el artículo 16 constitucional, en cuanto a que todos los habitantes *son iguales ante la ley*; con la *igualdad material* o *sustancial*, encarnada en las siguientes normas:

- El citado art. 37, atinente a la *igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios*.
- El art. 75, en su inc. 19, relativo a la competencia del Congreso para sancionar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la promoción de los valores democráticos y la *igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*.
- El art. 75, en su inc. 23, referido a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad “real” de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*; además de dictar un *régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*, tópicos que obviamente se vinculan con el derecho a la salud⁵⁸⁹.

Tal yuxtaposición de módulos de la igualdad, insuflada por la modificación constitucional en análisis, queda corporizada en el texto constitucional con una nueva fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como *igualdad real de*

convirtiéndose la Argentina en el primer país de América y el segundo en el mundo en ratificar tal instrumento, que fue firmado por setenta y un (71) Estados.

589 Es preciso tomar en consideración, además, que el inc. 2° de tal art. 75, relativo al régimen de coparticipación federal de impuestos entre la Nación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), establece —*inter alia*— que la distribución entre dichos entes se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto: será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e *igualdad de oportunidades* en todo el territorio nacional.

oportunidades, posibilidades y de trato, para cuya operatividad se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades, por caso, mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados. En otras palabras, el nuevo esquema de igualdad debe *garantizarse a través de medidas de acción positiva*.

Se ha precisado que la igualdad *de iure* se define como condición o *status* jurídico de cada ser humano, es decir, como igualdad ante la ley, al tiempo que la discriminación *de iure* es la que surge de una norma o de su aplicación. A partir de tal sustento conceptual se concluye que los tratados de derechos humanos que tienen como sujetos jurídicamente protegidos a determinados sectores de la humanidad que sufren discriminación por diversos motivos, buscan la eliminación de la discriminación *de iure* y la observancia de la igualdad *de iure* para llegar a la eliminación de la discriminación *de facto* y a la igualdad real de oportunidades y trato⁵⁹⁰.

Ello ha llevado a resaltar la relevancia del término “real” que se incluyera en el art. 75, inc. 23, de la C.N., cuyo objetivo es lograr la igualdad real, la igualdad social, que muchas veces desborda el cambio legislativo. En esa línea, se ha explicado que a partir de la constatación de la existencia de actos de discriminación por arraigadas pautas culturales, religiosas, o bien prejuicios raciales, sexuales o de cualquier otra naturaleza, surgen normas del derecho internacional que, en primer lugar, reconocen la existencia de la discriminación y, en segundo lugar, obligan a los Estados signatarios a remover los obstáculos de toda índole que producen tales exclusiones tomando medidas ya no sólo legislativas sino de todo tipo, que aseguren la igualdad *de facto*, en tanto igualdad *de iure* ineficaz e ineficiente. Ellas son, a criterio de la autora que aquí citamos, las *medidas de acción positiva* a las que se refiere el mencionado art. 75, inc. 23⁵⁹¹.

Para abastecer ese propósito, en el ámbito genérico de las medidas de *acción positiva* programadas, por caso, en el art. 75, inc. 23, y en un esquema jurídico donde tampoco se puede ignorar el torrente axiológico que brinda el imperativo preambular de “afianzar la justicia”⁵⁹², quedan decididamente vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución y significativo reaseguro en el sentido

590 GRAHAM, Marisa A., en VEGA, Juan C. y GRAHAM, Marisa A. (dirs.), *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 78.

591 *Ibid.*, p. 79.

592 Sobre este último tema, ver BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, T° I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2003, pp. 303-336.

de que no se tolerará el incumplimiento, por acción u *omisión*, de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los instrumentos sobre derechos humanos.

Pensamos que la modificación constitucional ha ido más allá todavía, procurando entronizar la visión consistente en que debe *realizarse* la mencionada *igualdad* por medio de la vinculación efectiva de *todos* los poderes del Estado, los que se encuentran obligados a hacerlo empleando las atribuciones que, dentro de sus respectivas órbitas competenciales, estimen adecuadas y pertinentes a esos efectos. Incluso y en ciertas circunstancias, tal principio vincula igualmente a los particulares, tema que conecta con la denominada *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, a la que ya aludiéramos.

A su tiempo y a partir de un repaso elemental del carácter universal de los derechos humanos, se comprueba que éste conduce justamente a la *igualdad*, cuyo corolario es la *no discriminación*⁵⁹³ por razones de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1.1., *in fine*, de la CADH), enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

De lo expuesto hasta aquí, al menos en nuestra percepción, surge que la igualdad no se reduce ni agota en la no discriminación, sino que además es una fructífera herramienta contra la mediatización y la exclusión de grupos sociales. En otras palabras, deviene útil para combatir una suerte de estatus de *ciudadanía incompleta*.

Al respecto, SABA precisa que para una familia de juristas compuesta por FISS, POST, MACKINNON, THOMSON y YOUNG (nómina en la que incluye a Mariano MORENO), “la igualdad constitucional no es sólo un antídoto a la discriminación (tratos desiguales irrazonables), sino a la exclusión, la marginalización estructural y la erradicación de grupos (no siempre minoritarios) del proceso de toma de decisiones democráticas por vías directas (como la prohibición del voto) o indirectas (como la destrucción de la autoestima)”. Extrapolando tal perspectiva doctrinaria a las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, particularmente en el nuevo art. 75, inc. 23, considera que “*la visión de la igualdad como contraria al sometimiento de grupos ha sido expresamente incorporada a la Constitución*”, pudiendo tal relectura constituirse (a más de un siglo y seis décadas desde su sanción originaria) “en una posible respuesta a situaciones de exclusión y marginalización de grupos que emergieron con mayor evidencia a partir de la crisis social que enfrentó

593 PINTO, Mónica, op. cit., *Temas de derechos humanos*, p. 13.

nuestro país a comienzos del siglo XXI y que dejó secuelas que tardarán mucho en desaparecer”⁵⁹⁴.

Para finalizar, es oportuno recordar que la Corte IDH —en su relevante Opinión Consultiva (O.C.) 18/03⁵⁹⁵, solicitada por México— ha dicho claramente que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante ésta y no discriminación, pertenece al *ius cogens* (párrafo 101), “permea todo ordenamiento jurídico” (id. párrafo) e “impregna toda actuación del poder del Estado” (párrafo 100).

IV. Compendio final

1. Las características jurídicas, institucionales y axiológicas del Estado Constitucional (y Convencional) parecieran fundamentar y legitimar el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley fundamental, en orden a amparar su *primacía* y vigor *normativo*, junto a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con valencia homóloga.

La alusión al carácter *normativo* de la Constitución nos conmina a una inmediata aclaración para evitar caer en una “mera tautología”, a estar a la advertencia de NIETO⁵⁹⁶. Nos sustentamos en que la Ley fundamental es *norma jurídica* y, por ende, sus disposiciones aun cuando heterogéneas deben estar dotadas —mediata o inmediatamente— de eficacia.

En realidad, aquel autor mantiene que el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, *sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta*. Es decir que, desde el punto de vista técnico, el asunto *no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino en determinar cuáles son sus efectos jurídicos*⁵⁹⁷.

2. Con todo, la Constitución no es, ni puede ser, un catálogo de declamaciones líricas, un compendio de poesía constitucional o un constructo metajurídico, sino —por el contrario— se trata de la norma *suprema* del ordenamiento jurídico estatal que compromete jurídicamente a los particulares y a los poderes públicos.

594 SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, T° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 741.

595 Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, cit.

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

597 Ídem.

Dicha vinculación a estos últimos les implica —a nuestro juicio— que no sólo sus *actos* serán objeto de control de constitucionalidad, sino también sus *omisiones*, además de que tal vinculación es *negativa y positiva*.

Lo explicamos con un ejemplo: el Tribunal Constitucional español⁵⁹⁸, en la STC N° 101/1983 ha establecido que quienes ejercen los poderes públicos tienen además del *deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que viole la Constitución*, un *deber general positivo* de cumplir sus funciones de acuerdo con ella y que la Constitución obliga a todos: *ciudadanos y poderes públicos*. De la normatividad de la Ley fundamental deriva la alegabilidad de sus preceptos ante los tribunales (STC N° 16/1982). A su turno, cabe recordar que el propio art. 9.1 de la Constitución española despeja toda duda, al expresar: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

3. En el escenario jurídico argentino, reacondicionado por la innovación constitucional de 1994 y *aggiornado* por medio de la interpretación dinámica y evolutiva que despliega la CSJN, puede predicarse la existencia de una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con dicho Alto Tribunal a la cabeza) para combatir las *omisiones anticonstitucionales (también inconvencionales)*.

4. Así lo autoriza a sostener la confluencia de una serie de elementos contenidos en la Carta básica, entre los que figuran: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (arts. 37, 41, 42); la instauración de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data (art. 43); la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material o sustancial* (arts. 37 y 75, incs. 2°, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional originaria a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, además de la adquisición de semejante cotización *ex post* por un tándem de documentos internacionales en la materia (art. 75, inc. 22, párrafos 2° y 3°, respectivamente).

5. No se alcanza a apreciar —nítidamente, al menos— la convergencia de regla, valor o principio constitucional alguno que pudiera quedar comprometido o lesionado si se hiciera viable la procedibilidad del control judicial sobre las omisiones inconstitucionales.

Es más, al plexo de normas, principios y valores reseñados se suman otros de innegable entidad en el marco del Estado Constitucional: el debido proceso (art. 18) y los derechos y garantías implícitos (art. 33), disposiciones que al igual que las aludidas precedentemente, quedan envueltas y recorridas por el caudal axiológico que les suministra la pauta contenida en el Preámbulo que compele a *afianzar la justicia*.

598 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., *El sistema constitucional español*, pp. 75 y 74.

El proemio constitucional precede e integra la Ley fundamental, ostenta valor jurídico-normativo y ofrece utilidad como pauta de orientación hermenéutica⁵⁹⁹, al tiempo que no cabe olvidar que la interpretación judicial de la Constitución (y, por extensión, el control de constitucionalidad) no es, precisamente, una tarea valorativamente neutra⁶⁰⁰.

6. Y aquí aflora una realidad no disimulable: el contenido axiológico de la Constitución argentina ha recibido un importante refuerzo a través de la reforma de 1994. Es innegable el intenso impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido dicha modificación a la Ley fundamental en el ámbito específico de los *derechos humanos*, marco en el que el multicitado art. 75, inc. 22, representa la nueva clave de bóveda para una interpretación actualizada de la misma.

7. Un significativo aporte adicional a nuestra argumentación aflora de la propia praxis de la CSJN pues, como tendremos ocasión de verificar más adelante, no se observa en ella una actitud de rechazo a la inconstitucionalidad por omisión.

Por el contrario, en distintas épocas y con diferentes integraciones muestra en su acervo jurisprudencial algunos interesantes antecedentes en la materia, aun cuando no siempre haya sido discursivamente categórica al calificar a su tarea como fiscalizadora y/o correctiva de la anticonstitucionalidad omisiva.

Sobre el punto, sin ánimo de taxatividad, pueden incluirse en el elenco de fallos que desde nuestra óptica alimentan tal aserción (con mayor o menor nivel de firmeza), a los siguientes: “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁶⁰¹, de 15 de noviembre de 1985 (resuelto por conjueces); el citado “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”, de 7 de julio de 1992; “Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo”⁶⁰², de 9 de abril de 2002; el nombrado “Verbitsky”, de 3 de mayo

599 Sobre el punto, se ha indicado que el Preámbulo —en su parte final— contiene una disposición expresa: “ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución”, frase que indica el valor jurídico de aquel y de la Constitución (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina*, 2ª ed. ampl. y actualiz., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 6).

600 *Mutatis mutandis*, BOUZAT afirma que el control judicial de constitucionalidad exige necesariamente que los jueces realicen valoraciones de profunda relevancia política y moral, con lo cual refuta la percepción que —según entiende— realiza la dogmática constitucional argentina al pretender que los jueces pueden interpretar la Constitución de una manera valorativamente neutra, recurriendo al texto constitucional o a la intención del constituyente (BOUZAT, Gabriel, “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad [A propósito de la Sentencia 29-4-93 de la Corte Suprema Argentina, caso ‘Iachemet, M^a L. vs. Armada Argentina’]”), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, N° 54, septiembre-diciembre de 1998, CEPC, Madrid, p. 278).

601 *Fallos*, 307:2184.

602 *Fallos*, 325:524.

de 2005; el aludido caso “Badaro”, sentencias I y II, respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; el también referido “Halabi”, de 24 de febrero de 2009; en cierto punto también, el mencionado “Q. C., S. Y.”, de 24 de abril de 2012; y “Dávila Lerma, Carlos Alberto c/ Provincia de Formosa y/u otros”⁶⁰³, de 5 de junio de 2012.

8. Uniendo los diversos eslabones reseñados, *normativos* (Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales) y *jurisprudenciales* (praxis de la CSJN), poco sitio queda para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución (y los compromisos internacionales en la materia) originadas en *inacciones u omisiones (primordialmente) legislativas*, base de la inconstitucionalidad por preterición.

Se hace ostensible, por lo demás, la necesidad de poner un límite razonable a la obturación del desarrollo de la eficacia de los preceptos constitucionales a causa de la *quiescencia del legislador*, lo que no significa que la justicia constitucional arrase con el núcleo de competencias propias de aquél y su libertad de configuración normativa, sino que se procure evitar que *la falta de efectividad de las disposiciones constitucionales ante semejante inercia impacten negativamente en los derechos fundamentales, anudados a la dignidad de la persona humana*.

9. Es apropiado traer a colación la perspectiva que aporta ROLLA cuando afirma que entre *Constitución democrática y derechos fundamentales* se establece una relación dialéctica, pues por una parte la Constitución (en tanto fuente suprema del ordenamiento —junto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía equivalente a ella, nos permitimos añadir por nuestra parte—) constituye la base de su reconocimiento y tutela; y, por otra parte, el goce del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición elemental para la subsistencia del Estado Democrático de Derecho⁶⁰⁴.

Y en tal *vinculación de Constitución y derechos fundamentales*, la *jurisdicción constitucional es parte esencial*, moldeándose una especie de *triángulo equilátero*, que enlaza una trilogía de características básicas del constitucionalismo contemporáneo: *principio de legalidad, garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*⁶⁰⁵.

603 Causa 'D.518.XLI, Recurso de hecho'.

604 ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, N° 28, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, Lima, 2008, p. 56.

605 *Ibid.*, p. 57.