

TÍTULO DECIMOSÉPTIMO

PANORAMA ESQUEMÁTICO DE RESPUESTAS JURISDICCIONALES ANTE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES

CAPÍTULO

I

**REPERTORIO DE SOLUCIONES
PARA CORREGIR LA
INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN. ALGUNAS
CUESTIONES CONFLICTIVAS**

I. Notas preliminares

Antes de dedicarnos a discurrir sobre las posibles soluciones que la magistratura jurisdiccional (según el sistema de justicia constitucional adoptado) podría aportar en supuestos de pretericiones inconstitucionales absolutas o relativas, y en aras de contextualizar el delicado problema general subyacente —*la inconstitucionalidad por omisión*—, efectuaremos algunas acotadas consideraciones introductorias.

Como directriz envolvente, cabe en primer lugar recordar que para enfrentar el anunciado tópico es imprescindible una actitud creativa y valiente, aunque mesurada y razonable, de parte de la justicia constitucional.

Así, despojándose de preconcepciones o prejuicios, ésta debe asimilar que se encuentra constitucionalmente habilitada para diseñar las vías pertinentes en orden a la efectivización del derecho o la garantía contenidos en la norma constitucional de que se trate, en caso de ausencia de dispositivo legal reglamentario o, si éste ya existiera, en el supuesto de que su contenido preceptivo fuera insuficiente o imperfecto.

Y no es óbice para ello que el legislador no haya deparado los mecanismos procesales pertinentes para fiscalizar las omisiones inconstitucionales, pues un criterio contrario a tal aserto conduciría paradójicamente a hacer depender la solución al problema justamente de quien lo provoca. Y generalmente éste es el menos interesado en proporcionar tal respuesta pues en puridad ella implicaría generar un instrumento que luego posibilitaría que el propio legislador fuese controlado en el *despliegue de su inacción* y urgido a abandonarla.

Por consiguiente, es el juez quien está llamado a trazar (o imaginar) tales vías si el órgano legisferante no lo efectiviza. No hacerlo implicaría que aquel se mantuviera navegando en el *statu quo*, excusándose inercialmente de analizar probables preterisiones anticonstitucionales con el argumento de que no cuenta con las herramientas procesales para canalizar una pretensión en tal sentido.

Casualmente, tal carencia reconocería su raíz en una *omisión* de la autoridad sobre la que correspondía ejercer el control judicial para determinar si incurrió en otra *omisión* supuestamente también contraria a la Constitución y cuyo examen le viene propuesto por el peticionario al magistrado en cuestión. Es claro que en una hipótesis de tal naturaleza, el juez quedaría prisionero de las redes tendidas por un *juego de omisiones*, para el cual aportaría también la suya.

II. Acerca de posibles planteos concretos para controlar las omisiones inconstitucionales

1. Efectuadas las consideraciones que anteceden, es de toda obviedad que los pronunciamientos judiciales son la resultante de los planteos procesales constitucionales que se llevan al juez.

Consecuentemente, es muy importante que los peticionantes (según el esquema constitucional de que se trate) se animen a formular articulaciones creativas y a explorar nuevos caminos argumentales en busca del cometido que se proponen al incoar una acción o proceso que se dirija a prevenir o corregir una inercia inconstitucional.

Análogamente relevantes son otros elementos como la apertura *ideológica* del juez, su activismo prudente, su sentimiento de vinculación por la supremacía y la normatividad de la Constitución y su no menor respeto por la libertad de configuración del legislador democrático. Naturalmente, aquel no podría obviar que está en juego la eficacia de las disposiciones constitucionales, e indirectamente (tal vez no tanto), la efectividad de los derechos fundamentales que ellas consagran.

2. Dejando a salvo las diferencias que en cuanto a herramientas jurídicas cada ordenamiento pudiera acordar, es posible observar que los mecanismos de defensa de la Constitución jaqueada por vía omisiva son diversos, como surtido es el catálogo de respuestas que el juez tiene a disposición o puede idear para controlarlas. No olvidemos en este punto que muchas de las variantes sentenciales que el derecho comparado exhibe han sido gestadas en el propio vientre pretoriano.

En cuanto al primer tema, en una nómina preliminar y sólo para graficar la cuestión, aparecen:

- La *acción directa de inconstitucionalidad por omisión*, donde estuviera expresamente positivada.
- El *amparo clásico y el colectivo* en Argentina, o el instrumento que con diferentes denominaciones pero con finalidad similar (protección de los derechos fundamentales) existan en el derecho comparado, en sus respectivas variantes que permitan salvar omisiones inconstitucionales. Recuérdese que al amparo se lo designa como “acción de tutela” en Colombia; “recurso de protección” o “acción de protección”, respectivamente, en Chile y Ecuador; “*mandado de segurança*”, en Brasil; y “acción, recurso o proceso de amparo” en muchos otros países que lo programan.
- La *acción declarativa de certeza* (por ejemplo, en Argentina).

- Las *controversias constitucionales* y, en cierta medida, *las acciones de inconstitucionalidad* (México).
- El ‘*habeas corpus*’.
- Las *acciones de clase*.
- El *mandamiento de ejecución* (*vid. infra*) o, con sus particularidades, el *mandado de injunção* brasileño.
- Y por supuesto aunque ya desde otro plano procesal, el recurso a las *medidas cautelares*¹³⁹², para acompañar y complementar alguna acción que en particular se deduzca, y a las *medidas autosatisfactivas*, sobre las que volveremos muy sucintamente.

Con respecto a las modalidades sentenciales que pueden salvar o mitigar las pretericiones inconstitucionales, y con cargo a volver sobre el asunto, encontramos por ejemplo y *mutatis mutandis* a las *sentencias estimatorias de inconstitucionalidad ‘tout court’*, esto es, simples y típicas en la medida que el objeto de la pretensión apunte directamente a semejantes inercias anticonstitucionales.

Ya en la órbita de las sentencias “atípicas o intermedias”, puede acudir por ejemplo a las *decisiones interpretativas* y, dentro de éstas, particularmente a las *aditivas clásicas o puras* (para salvar las omisiones *relativas* del legislador), que en algunos sitios como Ecuador¹³⁹³ o Colombia¹³⁹⁴ se denominan sentencias de *constitucionalidad condicionada*, aunque en este último país también se las designan como *sentencias integradoras*¹³⁹⁵.

También es posible recurrir a las resoluciones de *inconstitucionalidad simple* o de *mera inconstitucionalidad sin nulidad*, acompañadas normalmente (aunque no siempre) de un plazo fijado al legislador para que proceda a corregirlas; a los pronunciamientos que *difieren la entrada en vigor de la nulidad*; a las *decisiones exhortativas y apelativas* (allí donde se las considere categorías distintas); y a las *recomendaciones al legislador*.

1392 En el caso argentino, debe hacerse notar que en fecha relativamente reciente ha entrado en vigencia la polémica Ley N° 26.854 (B.O. de 30 de abril de 2013), referida a las medidas cautelares en las causas donde es parte o interviene el Estado nacional.

En realidad, esta ley hace parte del conjunto originario de seis (6) proyectos en total elaborados por el Poder Ejecutivo en nombre de la “democratización de la Justicia”.

En particular, la nombrada ley establece limitaciones a los jueces para el dictado de *medidas cautelares en contra del Estado o sus entes descentralizados*, además de restricciones temporales al mantenimiento de tales medidas, lo que *a priori* aparece como una vulneración de los derechos y principios de acceso a la justicia, debido proceso e igualdad ante la ley en desmedro de los particulares.

1393 Cfr. art. 129, inc. 2°, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

1394 Ver, por ejemplo, las Sentencias N°s C-109/1995 y C-080/1999 de la Corte Constitucional.

1395 Cfr., v. gr., Sentencia C-007 de 2001 de la Corte Constitucional.

III. Ciertos parámetros para detectar las pretericiones inconstitucionales

1. Como anticipáramos en otro segmento de esta investigación, dentro de las pautas para descubrir la presencia de una omisión inconstitucional fiscalizable, no cabría soslayar al factor temporal, entre otros elementos que ya fueron identificados.

Al respecto, se ha explicado que si el precepto constitucional fijara un plazo para su reglamentación, la hipótesis no presentaría mayores inconvenientes para el intérprete, pues agotado aquel sin que el legislador hubiera cumplido, se consumaría la omisión inconstitucional¹³⁹⁶.

Pero si la disposición constitucional no expresara lapso temporal alguno, la cuestión comenzaría a complicarse, ya que el juzgador se vería frente a la necesidad de meritar y determinar cuál sería el plazo *razonable* para que el legislador —siguiendo con el ejemplo— expidiera la reglamentación para desenvolver la normativa de la Ley fundamental y, excedido aquel, su pretermisión pudiera calificarse de inconstitucional.

En estrecha vinculación con la problemática analizada cabría formularse el siguiente interrogante que también contiene una de las posibles tachas contra la procedencia de la inconstitucionalidad por omisión, a las que oportunamente refiriéramos: si la Constitución no fija un plazo preciso para la emisión por el Legislativo de las normas en cuestión, ¿podría argumentarse que ello supone que aquella tolera tácitamente un arbitrio legislativo indeterminado?

Desde nuestra perspectiva, que coincide con la visión de MORÓN URBINA —a quien corresponde, *mutatis mutandis*, la autoría de la pregunta que acabamos de recrear¹³⁹⁷—, la respuesta es negativa. Entre otras circunstancias, porque lo contrario supondría admitir una preeminencia congresional sobre el poder constituyente y consentir que la aplicación de normas fundamentales y jerárquicamente supremas pudiera quedar postergada indefinidamente a causa de una omisión consciente del poder constituido, “invirtiendo subliminalmente los alcances de la pirámide jurídica”¹³⁹⁸.

De cualquier modo, cabe analizar una serie de aristas (y no sólo el elemento temporal) para detectar si existe omisión y si ésta es contraria a la Constitución. Y

1396 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á. y CENICACELAYA, María de las N., op. cit., *Derecho Constitucional argentino*, T° I, pp. 564-565.

1397 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 451.

1398 *Ibid.*, p. 452.

aun cuando pudieran identificarse *a priori* algunos elementos para orientar al juez en tales menesteres, no cabe duda de que ellas tendrán eficacia relativa, ya que es poco probable que la pretensión de describirlas en modo abstracto o teórico tenga el éxito asegurado y resulte infalible. Por el contrario, es indudable que el juez se verá precisado a ponderar los diversos factores en juego a la luz de las particularidades jurídico-fácticas que presente el asunto llevado a su conocimiento.

2. Por su parte, para cerrar este punto y a riesgo de ser redundantes, es preciso reiterar que median *gradaciones* relativas a la posible omisión inconstitucional.

Aludimos a categorías omisivas conectadas con el alcance del acto no realizado; la índole de la preterición incurrida; la posibilidad de ejercer el control por prognosis errónea del legislador o supuestos en que éste hubiera pasado por alto su deber de adaptarlos normativamente a los nuevos requerimientos constitucionales introducidos, v. gr., por una reforma a la Ley fundamental.

IV. Pensando en voz alta: potenciales soluciones jurisdiccionales que podrían dispensarse y algunos problemas que los puntos por examinar plantean

1. Anotación previa

Partiendo en principio del contexto federal y/o provincial de Argentina, según corresponda de acuerdo con las respectivas prescripciones normativas, aunque con constantes referencias al derecho comparado, a efectos ilustrativos señalaremos un arco de posibles respuestas jurisdiccionales que podrían emanar de la magistratura judicial actuante para conjurar o mitigar la inconstitucionalidad omisiva¹³⁹⁹.

Como premisa inicial, es preciso tener en cuenta que frente a una petición concreta, el juez no podría —metafóricamente hablando— *huir* a caballo de un pretextado *non liquet* (por ejemplo, ante la ausencia de norma reglamentaria de una

1399 Naturalmente, la procedencia o la inviabilidad de cada solución particular siempre dependerá de factores tales como: el modelo de control de constitucionalidad imperante; la existencia o inexistencia en el sistema jurídico en cuestión de una normativa (constitucional o legal) que específicamente permita el control sobre la inconstitucionalidad omisiva; la permeabilidad de la justicia constitucional para habilitar vías correctivas, en caso de ausencia de normatización constitucional o infraconstitucional de dicha atribución; y los niveles de densidad fiscalizadora del legislador con que usualmente la jurisdicción constitucional se maneje.

disposición constitucional) para eludir la cuestión llevada a su conocimiento. En otras palabras, por vía de principio, debe buscar *alguna* solución para resolverla.

A continuación delinearemos un esquema enunciativo de técnicas decisorias que a modo de irradiación protectora pueden operar para atenuar o reparar las omisiones, inercias o indolencias ilegales o anticonstitucionales. Advertimos que, en puridad, sólo el enfoque de estas últimas resultaría el más adecuado a los efectos de este trabajo, sin perjuicio de lo cual también parece tener algún sentido (al menos referencial) imaginar respuestas prácticas frente a pretericiones de la ley o de la normativa sublegal.

2. Falta de realización de un acto de carácter individual

A) Cuando la conducta desidiosa sólo involucre *la no realización de un acto de carácter individual* (aunque ello normalmente quede encuadrado en una hipótesis de simple omisión de cumplimiento de una ley, decreto u ordenanza), el órgano jurisdiccional podría expedir un *mandamiento de ejecución*¹⁴⁰⁰, figura que junto al *mandamiento de prohibición* es conocida en el derecho público provincial argentino.

B) De un repaso comparativo de las distintas prescripciones constitucionales locales de Argentina, surgen modelos normativos diversos que contemplan dichas modalidades mandamentales, que en el caso del de ejecución parecieran haberse inspirado en el molde del *writ of mandamus* del derecho norteamericano, cuya génesis se remonta al derecho inglés.

Ciñéndonos ahora al derecho público provincial comparado argentino, vemos que se han positivado las figuras mandamentales, por ejemplo, en las constituciones de:

- *Río Negro*, donde el de *ejecución* consta en el art. 44 y el de *prohibición* en el art. 45. Ambos se localizan en la primera parte (“Declaraciones generales. Derechos. Garantías y Responsabilidades”), sección segunda (“Derechos, Garantías y Responsabilidades”), particularmente en el capítulo IV (“Garantías procesales específicas”).
- *Chubut*, en los arts. 58 y 59, respectivamente. Estas disposiciones se emplazan en la parte primera (“Declaraciones, Derechos, Garantías, Deberes y Políticas del Estado”), título I (“Declaraciones, Derechos, Garantías y Deberes”), concretamente en la sección III (“Garantías”).
- *Entre Ríos*, también respectivamente en los arts. 58 y 59, situados en la sección I (“Declaraciones, Derechos y Garantías”).

1400 BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *El Derecho*, T° 78, Buenos Aires, 1978, p. 789.

- *Jujuy*, que regula ambas variantes mandamentales en el art. 39: *ejecución* (párrafo 1°) y *prohibición* (párrafo 2°). Tal disposición está ubicada en la sección primera (“Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías”), específicamente en su capítulo segundo (“Derechos y Deberes Humanos”).
- *Formosa*, que sólo disciplina un tipo de mandamiento: el de *ejecución*, en el art. 33, emplazado en la primera parte, capítulo primero (“Declaraciones, Derechos y Garantías”).

C) Ya en perspectiva de derecho comparado, vemos por ejemplo que con alguna proximidad jurídica al *mandamiento de ejecución* del derecho público provincial argentino se presenta la *acción de cumplimiento* prevista por las Constituciones de:

- *Colombia*, que la consagra en el art. 87 (y ha sido objeto de reglamentación por medio de la aludida Ley N° 393 de 1997).
- Y *Perú*, que la incluye en la categoría de “garantías constitucionales” (art. 200, parte inicial) y que en su momento fue regulada por la Ley N° 26.301 (de hábeas data y acción de cumplimiento) y modificatorias, actualmente derogada en la parte respectiva por la Ley N° 28.237, que —como vimos— aprueba el Código Procesal Constitucional de ese país. En el marco de este Código, la denominación *proceso* de cumplimiento viene a suplir a la de *acción* de cumplimiento, según reza en la Constitución peruana (art. 200, inc. 6°).

Por su parte, alguna vinculación —un poco más lejana— ofrece el *mandado de injunção* brasileño (al que aludiéramos *supra*), que es una acción particular prevista para la defensa de derechos y libertades constitucionales (diversa de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, instituto al que apunta la Constitución federal en su art. 103, § 2°, y que se mueve en el campo del control abstracto de constitucionalidad).

Aquel *mandado*, contemplado en el art. 5, inc. LXXI¹⁴⁰¹, *Ibid.*, tiene por objeto la *solución de casos concretos* en los que la omisión impugnada es suplida por orden judicial, generando efectos *inter partes*, aunque en ciertos casos la jurisprudencia brasileña ha abierto las compuertas para la producción de efectos generales en el contexto de lo que algunos denominan una *posición concretizadora general* del STF (máximo órgano judicial en ese país), donde su decisión produce tales consecuencias hasta tanto el órgano silente depare la reglamentación de la norma de *eficacia limitada*.

1401 Como vimos anteriormente, dicho tramo de la disposición señala: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

En dirección afín, resulta importante —al menos teóricamente— la *acción por incumplimiento* prevista en el art. 436.5 de la Constitución ecuatoriana. Al respecto, se acuerda competencia a la Corte Constitucional para conocer y resolver, a petición de parte, tal tipo de acción que busca “*garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias*”.

Dos notas importantes demarcan la superficie de operatividad de tal *acción* en el ámbito jurídico ecuatoriano en los términos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en relación con lo que aquí interesa: *i*) procederá cuando la norma, sentencia, decisión o el informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible (art. 52, párrafo 2°); y *ii*) una de las causales de inadmisión es que verse sobre *omisiones de mandatos constitucionales* (art. 56.2, *Ibid.*), lo que se explica porque —como ya fuera expuesto— la aludida ley orgánica ha positivado un mecanismo procesal constitucional autónomo para controlar la inconstitucionalidad por omisión (arts. 128 y ss.), sobre la horma diseñada por el art. 436, inc. 10, de la Constitución.

D) Líneas arriba mencionábamos la búsqueda de *tutela anticipada* o la formalización de un pedido de *medida autosatisfactiva* como instrumentos garantistas que pueden reportar utilidad en el ámbito que estudiamos. Tal vez sea en el área de la persecución de cumplimiento de un acto de carácter individual omitido donde aquellas pudieran ostentar virtualidad operativa.

Básicamente, y luego de puntualizar que por vía de diversas denominaciones ha cobrado auge lo que una línea de la doctrina denomina como cautela autónoma, otra como cautela material, y otra como autosatisfactiva, constituyendo todas expresiones de un mismo sentido, ROJAS manifiesta que se trata de la “posibilidad de obtener de la jurisdicción un pronunciamiento urgente, pero a su vez definitivo, que excede el marco de los sistemas cautelares aunque se apoya en su estructura, para delinear el procedimiento que observan para su desarrollo, medidas a las que se les asigna, por oposición a aquéllos, carácter autónomo, en lugar del instrumental y subsidiario de las cautelares”¹⁴⁰².

En tren de delinear los contornos de la “medida autosatisfactiva”, que para PEYRANO encuentra fundamentación *convencional* en los conceptos de la tutela judicial efectiva y en la garantía de que la prestación judicial correspondiente se acordará dentro

1402 Cfr. ROJAS, Jorge A., *La emergencia y el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 2003, pp. 197-198.

de un plazo razonable, con ella se “procura remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente obtenida”. Advierte además el profesor citado en este párrafo que una situación de “urgencia pura” se presenta cuando se da un verdadero *periculum in damni* y no un simple *periculum in mora*, o sea, una “muy fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable si los estrados judiciales no hacen ya mismo lo conducente a conjurarlo”¹⁴⁰³. En síntesis, la autosatisfactiva sería una *solución urgente no cautelar*.

El mismo autor, a quien puede considerarse el impulsor de las medidas autosatisfactivas en Argentina, fue mudando su pensamiento primigenio sobre las aristas conceptuales y el alcance del instituto, aunque —como él mismo aclara— mantiene lo medular de sus inicios. Así, en los albores de sus aportaciones al respecto consideraba que la *medida autosatisfactiva* era una diligencia que ineludiblemente debía decretarse *inaudita et altera pars*, aunque después se “reconoció la posibilidad excepcional de que en ciertos supuestos [...] se arbitre una previa y comprimida sustanciación y hoy, finalmente, [se] estima que sería el órgano jurisdiccional quien, según fueren las circunstancias del caso, deba resolver fundadamente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera”¹⁴⁰⁴.

3. Ante un supuesto de omisión inconstitucional absoluta o total

A) Puntualizaciones iniciales y ciertos ejemplos para graficar algunas cuestiones que surgen de la casuística del derecho comparado

A modo de contextualización y como en algún punto de esta investigación advirtiéramos, WESSEL —a quien debemos la tan vastamente esparcida clasificación entre *omisiones absolutas y relativas*— manifestaba la imposibilidad de corregir las omisiones absolutas. Dicho en otros términos, según su criterio nada se podía hacer

1403 PEYRANO, JORGE W., “La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión”, *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, julio de 2010, La Ley, p. 76 (consultado en www.laleyonline.com.ar).

1404 PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba (Argentina), 2009, p. 15 (*loc. cit.* en nota anterior).
El texto del libro se puede leer en versión PDF desde www.acaderc.org.ar/ediciones/activismo-y-garantismo-procesal/view.

ante la inactuación total del legislador. De ello se infiere que sólo propugnaba la posibilidad de cauterizar las omisiones relativas, contentivas de una regulación legal insuficiente o deficitaria.

En línea convergente a la tónica wesseliana, existen escenarios jurídicos refractarios a cualquier embate contra las omisiones absolutas. De hecho, uno de los postulados surgidos de la trayectoria jurisprudencial de la Corte Constitucional *colombiana* al respecto se ocupa de marcar tal imposibilidad y de pregonar su incompetencia para corregirlas. Sin embargo, tan enfática negativa primigenia pareciera admitir una matización: el uso del *exhorto* como forma de instar al legislador a abandonar el letargo y abastecer el encargo constitucional.

Por su parte, en el ámbito *portugués* la lectura del artículo 283 constitucional depara una cuasi absoluta fragilidad preceptiva del decisorio emanado del órgano máximo de justicia constitucional al detectar la inconstitucionalidad por omisión, ya que el inc. 2º de tal disposición determina textualmente: “*En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente*”.

En otras palabras, la actividad del Tribunal portugués se limitará a verificar que existe la omisión inconstitucional, lo que pondrá en conocimiento del órgano legislativo, el que con toda seguridad antes de que el Tribunal llegara a tal conclusión, conocía perfectamente su conducta silente. ¿Quién mejor que el órgano *omitente* para saber de su propia *preterición*?

No obstante la inocuidad que pareciera destilar la letra de la disposición constitucional, la praxis del Tribunal Constitucional luso se ha encargado de revelar que algunos de sus pronunciamientos declaratorios de la inconstitucionalidad por omisión total han tenido efectos inductores en el legislador, quien en varios casos ha procedido a desencadenar el proceso hasta la sanción de la legislación respectiva. Paralelamente, un aporte adicional a la efectividad de la sentencia lo proporciona su *publicación obligatoria* en el *Diário da República* (cfr. art. 119, 1, ‘g’, de la Constitución y art. 3, 1, ‘b’, de la Ley del Tribunal Constitucional), acto al que corresponde adjudicar un cierto *significado político y jurídico*.

Para finalizar esta sumaria reseña, el repaso del art. 103, § 2º, de la Constitución federal de *Brasil*, enfocado desde una óptica literal, tampoco deja mayor espacio para el optimismo y pareciera ocluir cualquier posibilidad de examinar las omisiones absolutas legislativas o administrativas.

Pese a ello, aparece alguna luz de esperanza en el art. 12-B de la Ley N° 9.868 (modif. por la Ley N° 12.063), cuando entre los requisitos de la acción directa de

inconstitucionalidad por omisión se impone al demandante que especifique la pretermisión inconstitucional *total o parcial* del cumplimiento del deber constitucional de legislar o de adoptar la medida de naturaleza administrativa que se intenta corregir.

Empero, la euforia pareciera desvanecerse porque ambos dispositivos (constitucional y legal) convergen en un punto de cierta inocuidad: si el STF declara la inconstitucionalidad por omisión, *dará conocimiento al poder competente para que adopte las medidas necesarias* y, si se trata de un órgano administrativo, para que lo haga en un *lapso de treinta (30) días* o, según agrega sólo la ley en su art. 12-H y § 1º, dentro de un *plazo razonable* que será establecido con carácter excepcional por el STF teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y el interés público involucrado.

Pero pareciera que no todo está perdido, pues la varias veces citada Ley N° 12.063, modificatoria de la Ley N° 9.868, ha traído consigo la posibilidad de que el STF dicte una medida cautelar durante el curso de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

Tres son los supuestos permitidos en el art. 12-F, § 1º, de la ley: **i)** aplicación de la ley o del acto normativo cuestionados (*aplicação da lei ou do ato normativo questionado*), en hipótesis de omisión parcial; **ii)** suspensión de los procesos judiciales o de los procedimientos administrativos (*suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos*), también para casos de omisión parcial; y **iii)** otra medida que disponga el Tribunal (*outra providência a ser fixada pelo Tribunal*).

Esta última hipótesis es suficientemente amplia para que el STF pueda emplearla en el marco de una *omisión absoluta o total* y emitir así una providencia cautelar que podría, por ejemplo, traducirse en que la falta de reglamentación legal pudiese ser cubierta provisoriamente por el contenido de una legislación análoga ya existente en el derecho positivo. La práctica jurisdiccional del tribunal conoció algún caso semejante cuando, ante la omisión legislativa de reglamentar el derecho de huelga de los funcionarios públicos, se les aplicó analógicamente la legislación de los trabajadores privados¹⁴⁰⁵.

B) Posibles respuestas

Formuladas las necesarias precisiones anteriores, si el contexto jurídico de que se trate admitiera la viabilidad correctiva de la omisión inconstitucional absoluta o total (consagrada por conducto constitucional o legal o bien desarrollada

1405 Así lo hizo al resolver los *mandados de injunção* (MM.II.) N°s 708, 670 y 712.

jurisprudencialmente), el órgano judicial en cuestión —según las respectivas particularidades de cada ámbito jurídico— podría intentar alguna/s de estas soluciones:

- *Liberación por la justicia constitucional del tránsito operativo de una disposición de un instrumento internacional sobre derechos humanos ante la inexistencia de ley reglamentaria (omisión absoluta).* Tal apelación a una norma internacional se observa claramente en el aludido caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992) de la CSJ argentina, en el que confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH que contiene el *derecho de rectificación o respuesta*, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente. También puede incluirse en este rótulo al esquema diseñado por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana en la citada causa “Productos Avon S.A.” (1999), en la que a partir del art. 25.1 de la CADH activó el “*recurso de amparo*”, de inexistente positivación hasta entonces en el escenario dominicano, fijando distintos aspectos que permitieran su utilización, por ejemplo: competencia, procedimiento y plazos.
- En el supuesto concreto de Costa Rica, solventar: *i)* una *consulta judicial de constitucionalidad*, en la que un juez pregunta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o un acto que deba aplicar, o de un acto, una conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento; o, *ii)* una *consulta legislativa de constitucionalidad*, que faculta a los diputados en número no menor a diez (10) para solicitar a dicha Sala Constitucional su opinión previa de los proyectos legislativos a efectos de corroborar que no infringen la Constitución, consulta que entre otras autoridades o poderes del Estado, también puede ser articulada por la Defensoría de los Habitantes si entendiera que un proyecto de ley es violatorio de derechos o libertades fundamentales. Las respuestas a ambos tipos de consultas (que se dan en el ámbito constitucional de Costa Rica) son instrumentos útiles para *corregir o prevenir* (según el caso) *pretermisiones inconstitucionales absolutas*.
- Dictar una *sentencia exhortativa* para estimular la emisión del acto legislativo de desarrollo del mandato constitucional. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano cuenta con un nutrido bagaje de experiencia. Aquella tipología de decisiones también ha sido empleada en casos puntuales (aunque de relevancia pública) por la CSJ argentina, por ejemplo, en los dos pronunciamientos recaídos en “Badaro”, donde se conjugan la declaración de inconstitucionalidad por omisión y las exhortaciones al legislador y al Poder Ejecutivo. En el primero de los fallos se detectó la preterición legislativa en la activación de la *movilidad de los haberes previsionales*, exhortándose en tal sentido a aquellos poderes del Estado para que actúen en consecuencia; y luego, ante la falta de respuesta de

estos en un plazo razonable, la Corte dictó *per se* un mecanismo actualizador útil para el caso concreto del peticionante, pero que en realidad exuda una valencia exógena de utilidad para otros casos.

- *Declarar la omisión inconstitucional absoluta e intimar* al órgano renuente a emitir la reglamentación *dentro del plazo* que le marque, *fijando o no un apercibimiento* para el caso de incumplimiento. Complementariamente podría concederse una *medida cautelar*, hasta tanto la autoridad silente cumpla con la imposición fijada en el requerimiento que al efecto se le formule. *Mutatis mutandis*, tal práctica precautoria se ha verificado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, siendo concedida hasta que el legislador satisfaga el mandato constitucional desatendido.
- Si la exhortación, el requerimiento, etcétera, no hubiesen surtido efecto, el órgano jurisdiccional podría dictar *per se* las *bases de una normativa de desarrollo constitucional*, con efecto limitado al caso concreto y condicionándola resolutoriamente a la emisión de la norma general por el legislador, pues cuando ésta se sancione, caería indefectiblemente la normatización supletoria o provisional. La praxis venezolana muestra ejemplos en este sentido, también algunos desbordes y excesos, de parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; asimismo, un comportamiento similar, aunque razonable, se observó en la CSJ argentina en el caso “Halabi”, regulando interinamente las “acciones de clase”.
- En el supuesto al que se refiere el subapartado anterior, y en el proceso de generación de una solución transitoria para la causa específica de que se trate, el juez deberá garantizar al menos la subsistencia del contenido esencial o mínimo, del núcleo inderogable (o denominaciones equivalentes) del derecho establecido en la Constitución y no desenvuelto normativamente. Al efecto, no debería perder de vista que, como en paráfrasis de ARAGÓN REYES afirma gráficamente PRIETO SANCHÍS, *la cláusula del contenido esencial no se trata ya de un concepto indeterminado sino más bien de un concepto impredecible*¹⁴⁰⁶, sin perjuicio de lo

1406 PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 5, enero-junio de 2000, N° 8, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, p. 439.

La alusión que PRIETO SANCHÍS formula a ARAGÓN se centra específicamente en la siguiente obra de éste: *Democracia y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 91; aunque aquel aclara que ARAGÓN utiliza la apreciación volcada en el texto para referirse a los principios y valores constitucionales.

PRIETO SANCHÍS fundamenta su aseveración (en cuanto a que la cláusula del contenido esencial no es ya un concepto indeterminado sino más bien un concepto impredecible) en que “parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de

cual, la judicatura tendría que hacer un uso prudente de la idea del contenido esencial, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente¹⁴⁰⁷.

- Si las anteriores vías u opciones no pudiesen ser desplegadas (por prohibición del ordenamiento normativo, imposibilidad jurídica y/o material, etcétera), el derecho comparado ofrece incluso alguna aislada alternativa de imposición de una *indemnización de daños y perjuicios*. Tal solución nos parece problemática, aunque es la prefigurada para ser aplicada en última instancia por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, según lo prescrito en el art. 207, inc. 2°, ap. d, de la Constitución de tal provincia argentina.
- Y conectada en algún punto con esta faceta indemnizatoria, una vertiente que puede explorarse es aquella que liga la *responsabilidad del Estado y la inconstitucionalidad por omisión*. Trataremos de graficar el tema con un ejemplo lamentablemente real sucedido en Portugal, que costó la vida de un niño de nueve (9) años por asfixia por inmersión en un parque acuático. El fallo fue dictado por el “Tribunal da Relação” de Lisboa el 7 de mayo de 2002, determinando que el Estado debía responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por particulares, eventualmente emergentes del hecho de la *falta de emisión de una legislación específica* en el caso, destinada a regular las condiciones de funcionamiento de los parques acuáticos. Se consideró que tal responsabilidad surgía de la *omisión ilícita y culposa en el ejercicio de la función legislativa*, preterición violatoria del art. 22 de la Constitución, que podía ser directamente invocado por los particulares frente a la *pretermisión del legislador*. Dicha disposición estipula la responsabilidad civil del Estado y los demás entes públicos por las acciones u *omisiones* practicadas en el ejercicio de sus funciones, de las que resultare violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio a terceros.

Obviamente, la secuencia de las distintas posibilidades para remediar la cuestión puntual que se plantee no está encadenada a un esquema absolutamente lineal o rígido, sino que, en el caso de un Estado enrolado en el modelo de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso —como el argentino—, dependerá de diferentes factores.

esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión. No es preciso comulgar con ningún realismo judicialista para comprender que de este modo el Tribunal Constitucional encuentra a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales” (*Ibid.*, p. 439).

1407 Cfr., *mutatis mutandis*, PRIETO SANCHÍS, Luis, op. cit. nota anterior, p. 440.

Por ejemplo, las peculiaridades del caso concreto; la prudencia con que el órgano sentenciante deba conducirse para resguardar en general el equilibrio de los poderes del Estado y en particular el debido respeto por la libertad configurativa del legislador; el nivel jerárquico del tribunal actuante y la decisión estratégica de éste acerca de hasta dónde está dispuesto a avanzar (legítimamente) con su pronunciamiento.

C) Omisiones absolutas y la búsqueda de fórmulas dialógicas entre el órgano jurisdiccional competente y el legislador

a) Ciertamente, la situación institucional que se genera ante la existencia de una omisión inconstitucional absoluta o total que intente ser remediada desde la justicia constitucional es jurídica y políticamente compleja y delicada.

De cualquier modo, el órgano jurisdiccional debe plantear la cuestión en términos de diálogo y colaboración con el Congreso o Parlamento, y no en una lógica de confrontación o de puja de poder.

Es útil evocar la opinión de NINO, para quien la “independencia” judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad¹⁴⁰⁸.

Añade que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, *se facilitaría si se admitieran remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones*¹⁴⁰⁹.

Ésta u otras fórmulas similares parecieran ser alternativas inteligentes y provechosas para procurar resolver mancomunadamente la situación anticonstitucional que se genera a partir de las omisiones legislativas absolutas.

b) Un intento interesante pero de difícil configuración efectiva es el que en su hora formuló BARROSO. En realidad, se trata de un mecanismo que éste sugirió a través de un estudio que precedió a la elaboración del Proyecto de la Comisión de Sistematización que luego cristalizara en el texto constitucional brasileño de 1988, aunque la fórmula propuesta no prosperó¹⁴¹⁰.

1408 NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

1409 Ídem.

1410 BARROSO, Luís Roberto, op. cit., *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 174 y ss.

Entre otras iniciativas tendientes al tratamiento de las omisiones legislativas¹⁴¹¹, planteaba la fijación de un plazo para la discusión y la votación de los proyectos que tuvieran por objeto integrar los mandatos constitucionales cuyos efectos estuvieran paralizados por la falta de reglamentación. Al término de ese plazo, el proyecto sería incluido en el orden del día, obligatoriamente, durante un determinado número de sesiones, al cabo de las cuales si no hubiese sido analizado, ningún otro proyecto podría ser votado antes de que se deliberase respecto de aquel¹⁴¹².

El citado doctrinario sostiene que el texto constitucional finalmente aprobado no acogió ninguno de los dispositivos que sugirió, dejándose escapar la chance efectiva de superar, sin interferencia más grave entre los poderes, la problemática cuestión de la inconstitucionalidad por omisión del legislador. Advierte, sin embargo, que naturalmente debería haberse previsto en forma complementaria un mecanismo que neutralizase el puro y simple rechazo de cualquier proyecto que fuera presentado, porque en esta hipótesis la cuestión volvería a fojas cero¹⁴¹³.

D) Algunas cuestiones conflictivas que envuelven a la posible declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta

Ahora apuntaremos directamente a algunos núcleos temáticos polémicos que se derivan de una discusión profunda que involucre la posibilidad de declarar la anticonstitucionalidad por pretermisión legislativa absoluta.

En primer lugar, afrontaremos el tema de si, en abstracto, sería jurídicamente sustentable determinar la inconstitucionalidad por omisión absoluta aun cuando en sede parlamentaria existieran proyectos legislativos sobre la materia establecida constitucionalmente y denunciada como no desarrollada.

Luego plantearemos si en una causa judicial en la que se persiguiera la declaración de preterición inconstitucional absoluta podría o no surgir un déficit de la garantía del debido proceso si antes de dictar sentencia el órgano legislativo no fuese oído.

Seguidamente, nos preguntaremos si es posible que un grupo de legisladores tuviera legitimación activa para efectuar un planteo de inconstitucionalidad por pretermisión absoluta contra el propio órgano legisferante que integra.

1411 Además de la analizada en el texto, BARROSO proponía las siguientes: *a)* Cuando la iniciativa de la ley dependiera del Ejecutivo, su inercia en dirigir el mensaje en el plazo que se le fijara, transferiría la competencia a cualquier parlamentario para disparar el proceso legislativo; y *b)* la ampliación de la legitimación para la iniciativa del proceso de elaboración legislativa, extendiéndola a los poderes estatales y a los ciudadanos, directamente, a través de los mecanismos que se regularan al respecto (*Ibid.*, p. 175).

1412 *Ibid.*, p. 176.

1413 *Id.* p. y nota 109.

Por último, exploraremos el controversial tópico que ha discutido la doctrina comparada en torno a si la pretermisión legislativa total puede generar que tal función no ejercida por el cuerpo legislativo en cuestión, que dicha preterición supone, *fuera transferida de pleno derecho a otro organismo*.

a) Primera cuestión

a.1.) Nos acercaremos aquí a la compleja cuestión que se ocasionaría al tratar de establecer si es posible declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta en el caso de que, aun cuando no se hubiese dictado la norma legal pertinente de acuerdo con el mandato constitucional, existiese en el ámbito parlamentario uno o más proyectos de ley para regular la cuestión.

Al efecto, inicialmente comentaremos algunos precedentes jurisprudenciales de los respectivos órganos de cúspide de la justicia constitucional, cuyas soluciones fueron disímiles en tanto desemejantes resultaban también los ordenamientos jurídicos en que se desarrollaron.

Posteriormente, especularemos sobre un eventual supuesto que se configurara al respecto en el marco federal argentino.

a.2) Uno de los casos fue resuelto por el Tribunal Constitucional de Portugal en la aludida Sentencia N° 36/1990, de 14 de febrero, en la que analizó la cuestión relativa a las consultas directas a los ciudadanos en el ámbito local¹⁴¹⁴, consagradas en el artículo 241.3 constitucional, que defería en una ley futura la reglamentación de tales consultas. Dicha ley debía determinar los supuestos, términos y efectos de las mismas.

Si bien al tiempo de dictar sentencia el Tribunal comprobó que la ley requerida aún no había sido dictada, se basó en la existencia de tres (3) proyectos de ley al respecto que habían tenido seguimiento, con lo cual —y apoyado en la opinión del constitucionalista Jorge MIRANDA en la 2ª edición de uno de sus libros, quien ya en la 3ª edición del mismo cambió de parecer— el Tribunal entendió que no había mediado omisión por parte del legislador.

Una posición distinta podría inferirse del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, el que si bien en una hipótesis con ribetes diversos del examinado por el Tribunal luso, en la nombrada Sentencia N° 2.073, de 4 de agosto de 2003, afirmó que “la omisión [en el caso, de la Asamblea Nacional] consiste en el incumplimiento de un acto, conducta, negocio de una autoridad

1414 *Diário da República*, 2ª Série, N° 152, de 4 de julio de 1990.

La petición fue articulada por el Defensor del Pueblo en fecha 9 de enero de 1989, dando origen al Proceso N° 6/89.

ordenado por la Constitución, sea ella total o parcial y que, para que proceda, *basta que se constate la falta de cumplimiento de la actividad prevista, motivo por el cual a la Sala le es indiferente que ella haya o no comenzado a realizarse, siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*¹⁴¹⁵.

Por último, es dable retener que el STF del Brasil admite la posibilidad de deducir la acción directa de inconstitucionalidad por omisión ante la *inertia deliberandi* (discusión y votación de un proyecto de ley). Así en la ADIn N° 3.682, Rel. Gilmar Mendes, de 9 de mayo de 2007, acogió estimatoriamente la acción deducida por la Asamblea Legislativa del Estado de Mato Grosso contra el Congreso nacional, ante la mora en la elaboración de la ley complementaria federal a la que alude el art. 18, § 4°, de la Constitución federal. Reputó configurada *la omisión inconstitucional puesto que el órgano legislativo no había procedido a deliberar, dentro de un plazo razonable, el proyecto de ley en trámite*.

a.3) Explicado el polémico punto que concita aquí nuestra atención y tres casos que muestra la jurisprudencia comparada resueltos divergentemente entre sí, arriesgaremos algunas apreciaciones especulativas sobre un eventual supuesto análogo que se corporizara en el orden federal argentino, y luego rememoraremos un asunto ya esbozado anteriormente que tramitara ante la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

a.3.1.) Respecto de la primera cuestión, si no existiera proyecto legislativo alguno con estado parlamentario, y verificadas que fueran las restantes pautas para la detección de la *omisión legislativa inconstitucional*, procedería que el órgano jurisdiccional la declarase y determinara los pasos subsiguientes para remediarla.

Si contrariamente existieran proyectos con estado parlamentario, en puridad también se verificaría la *omisión legislativa* pues no habría producto normativo vigente alguno para cumplimentar el mandato constitucional.

Sin embargo, en esta hipótesis podría modularse la solución por adoptar: por ejemplo, sin perjuicio de dejar asentado en el pronunciamiento que aún no existe la ley impuesta por la Constitución, debería consignarse que se encuentran en curso de discusión proposiciones legislativas encaminadas a regular la materia. Además, podría fijarse un plazo para la discusión y la votación de los proyectos en danza y la aprobación del texto legal definitivo, bajo apercibimiento de declarar la inconstitucionalidad por omisión absoluta y dictar una solución que cubra provisoriamente el caso concreto llevado a su conocimiento en el supuesto de que el órgano legisferante incumpliera dentro del parámetro temporal impuesto judicialmente.

1415 Cfr. ap. IV de las “Consideraciones para decidir”.

a.3.2.) En cuanto al segundo punto anticipado, un marco situacional análogo a la cuestión abordada precedentemente se configuró en el nombrado caso “García Elorrio c/ GCBA”, resuelto por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 de la CABA, el 15 de noviembre de 2002.

En dicho pronunciamiento se resolvieron dos acciones de amparo (acumuladas) deducidas contra el Gobierno y la Legislatura de la CABA, ante la *omisión* en que habrían incurrido al no proyectar, sancionar y promulgar la ley de creación de comunas prevista en los arts. 127 y ss. y en la cláusula transitoria 17^a de la Constitución de la Ciudad¹⁴¹⁶.

Por medio de un análisis metódico y fundamentado de la cuestión, el magistrado actuante *declaró la omisión inconstitucional*, hizo lugar parcialmente a las acciones de amparo promovidas y ordenó a la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana de la Legislatura de la CABA que emitiera despacho sobre alguno cualquiera de los proyectos de ley que eventualmente estuvieran en consideración sobre el particular, se pusiera el proyecto a debate y decisión del pleno de la Legislatura, en la forma y los plazos previstos por las normas aplicables del Reglamento Interno del Cuerpo, bajo el apercibimiento detallado en el fallo.

Éste fue luego dejado parcialmente sin efecto por la mayoría de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala 1^a, el 19 de mayo de 2003, órgano que finalmente ordenó al Poder Legislativo que sancionara la ley prevista por el art. 127 de la Constitución de la CABA, durante el período legislativo entonces en curso.

b) Segunda cuestión

Otro problema digno de, al menos, una breve aproximación consiste en plantearse cómo se manifestarían las garantías fundamentales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso en los procedimientos dirigidos a subsanar la inconstitucionalidad por omisión absoluta.

1416 El artículo 127 constitucional dispone que una ley emanada de la Legislatura establecería la organización y la competencia de las comunas, que la norma define como “unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial”, con atribuciones propias y concurrentes con el Gobierno de la Ciudad en materia de planificación, ejecución y control en distintas áreas. De su lado, la cláusula transitoria 17^a reza: “La primera elección de los miembros del órgano establecido en el artículo 130 tendrá lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor de cinco años, contados desde la sanción de esta Constitución. Hasta entonces el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires adoptará medidas que faciliten la participación social y comunitaria en el proceso de descentralización. A partir de la sanción de la ley prevista en el artículo 127, las medidas que adopte el Poder Ejecutivo deberán adecuarse necesariamente a la misma”.

En términos generales y con una visión amplia de las *garantías constitucionales y convencionales* del debido proceso y la tutela judicial efectiva, y como actitud de deferencia hacia la autoridad democrática del Poder Legislativo, podría establecerse una instancia en la que el cuerpo aparentemente renuente (por intermedio de la persona u órgano que institucionalmente estuvieran habilitados para representarlo en sede jurisdiccional) pudiera, por ejemplo, rechazar fundadamente la situación de mora inconstitucional que se le endilga, manifestar si existen o han existido proyectos sobre el tema en cuestión, indicar si el asunto ha sido debatido y/o si está “en agenda” para su próximo tratamiento.

Ello podría incluso redundar en que el juez constitucional contara con información más amplia y estuviera en mejores condiciones jurídicas de resolver el planteo y dirigir las eventuales medidas para construir con el órgano legisferante las posibles soluciones para superar la omisión absoluta verificada.

Quizá en semejante escenario pudiera ser útil la intervención de *amici curiae*, aportando datos, insumos analíticos y/o fundamentos que tanto pueden enriquecer al órgano de justicia constitucional como al propio cuerpo legisferante.

La figura en cuestión recepta utilidad como vehículo para coadyuvar al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social, al poner en escena argumentos públicamente ponderados, colaborar en la tarea de dilucidación de cuestiones controversiales y aportar al fortalecimiento y la democratización del debate judicial y la mayor transparencia de los pronunciamientos judiciales.

c) Tercera cuestión

¿Sería irrazonable especular que una determinada cantidad de legisladores estuvieran activamente habilitados para deducir una acción de inconstitucionalidad por omisión absoluta contra el propio órgano legisferante que conforman?

El interrogante no es precisamente de sencilla resolución, aunque debe concederse que tampoco es meramente teórico.

De hecho, por ejemplo, la Constitución del Estado de Chiapas (México) establece que —entre otros medios de control constitucional— el Tribunal Constitucional local conocerá y resolverá las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto una ley o un decreto y que dicha pretermisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución de esa entidad federativa (ver su art. 64, parte inicial de la fracción III).

Y justamente el ap. ‘b’ de tal fracción incluye como uno de los legitimados para deducir la acción, cuando menos a la *tercera parte de los miembros del Congreso del Estado*.

El tramo final de la citada fracción dispone que la resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de preterición legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial*; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del Estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Añade que, tratándose de legislación que deba de aprobarse por el mismo Congreso del Estado, por mandato de la Constitución federal o de la Constitución local, si el Congreso del Estado no lo hiciera en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso del Estado subsane la omisión legislativa.

d) Cuarta cuestión

d.1) Un interesante problema se plantea a partir del intento doctrinario por sistematizar las probables alternativas de solución frente a la omisión como forma de violación constitucional, de resultas de lo cual algunos autores incluyen en tal catálogo a la posibilidad de que la *función no ejercida sea transferida de pleno derecho a otro organismo*.

Incluso, SÁCHICA —uno de los doctrinarios a los que nos referíamos— ha llegado a afirmar que “en buena lógica, la técnica más adecuada para suplir la inercia o falla de los órganos es la que aplica la Constitución cuando traslada a otro órgano la competencia no ejercida”¹⁴¹⁷.

En el derecho constitucional positivo tal alternativa se corporiza, v. gr., en la actual Carta magna peruana, cuyo art. 108 autoriza al Presidente del Congreso y, en su defecto, al de la Comisión Permanente para dar sanción a los proyectos de ley no aprobados en su oportunidad por el Presidente de la República; o cuando su art. 80 atribuye competencia al Poder Ejecutivo para promulgar la norma anual de presupuesto no votada por el Congreso dentro del término previsto.

También, se observan prescripciones de análogo tenor en la Constitución colombiana de 1991, donde diversos artículos transitorios establecieron que el Gobierno presentaría ante el Congreso de la República proyectos de ley relativos a varias cuestiones, los que de no ser aprobados por éste dentro del plazo constitucionalmente estipulado, el Presidente de la República pondría en vigencia mediante decretos con fuerza de ley.

En el ámbito colombiano, la temática así diagramada es verdaderamente multifacética, abarcando los siguientes asuntos:

1417 SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad, sus mecanismos*, Serie Monografías Jurídicas, N° 9, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988, p. 152, mencionado por MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 453.

- Según el artículo transitorio 21, dentro del año siguiente a su instalación, el Congreso debía emitir las normas legales que desarrollaran los principios consignados en el art. 125 de la Constitución¹⁴¹⁸ (relativos a los empleos en los órganos y entidades del Estado). De no hacerlo, el Presidente quedaba facultado para expedirlas en un término de tres (3) meses.
- Si durante los dos (2) años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución, el Congreso no dictaba la ley a que se refieren los artículos 322¹⁴¹⁹, 323¹⁴²⁰ y 324 constitucionales, que pautan distintas cuestiones organizativas referidas al régimen especial para el Distrito Capital (Bogotá), el Gobierno —por una sola vez— expediría las normas correspondientes (cfr. artículo 41 transitorio).
- Dentro de los tres (3) meses siguientes a la instalación del Congreso, el Gobierno debía presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos; la fijación de competencias y criterios generales que regirían la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; el régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestaran los servicios, así como los relativos a la protección, los deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Si al término de las dos (2) siguientes legislaturas no se expedieran las leyes correspondientes, el Presidente los pondría en vigencia por medio de decretos con fuerza de ley (cfr. artículo 48 transitorio).

1418 La nombrada disposición, que fue modificada por Acto Legislativo N° 1/2003 por el cual se incluyó el párrafo 6°, establece:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

“El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

“El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

“En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

“Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”.

1419 Cuyo inc. 1° fue modificado por el art. 1 del Acto Legislativo N° 1/2000.

1420 Tal artículo fue variado por el art. 5 del Acto Legislativo N° 2/2002.

Su primer inciso fue reformado por el art. 1 del Acto Legislativo 3/2007, en vigor a partir de las elecciones de ese año 2007.

- En la primera legislatura posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, el Gobierno presentaría al Congreso los proyectos de ley relativos a actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualesquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público; si al término de las dos (2) legislaturas ordinarias siguientes no hubiesen sido expedidos por el Legislativo, el Presidente los pondría en vigencia mediante decretos con fuerza de ley (artículo 49 transitorio).
- El Gobierno presentaría al Congreso, al mes siguiente de su instalación, el proyecto de ley relativo al ejercicio de las funciones del Banco de la República y normas con sujeción a las cuales el Gobierno expediría sus estatutos de conformidad con el art. 372¹⁴²¹ de la Constitución. Si cumplido un (1) año de la presentación de este proyecto no se hubiera emitido la ley correspondiente, el Presidente de la República lo pondría en vigencia mediante decreto con fuerza de ley (artículo 51 transitorio).
- Dentro de los dos (2) años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, el Congreso debía expedir, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno crearía al efecto, el reconocimiento a las comunidades negras que venían ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habría de demarcar la misma ley, y establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social (artículo 55 transitorio). Todo ello podría aplicarse a otras zonas del país que presentaran similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la aludida comisión especial (id. art., párrafo 1°). El párrafo 2° de dicha norma estipula que si al vencimiento del término

1421 Dicho artículo establece: “La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación.
“El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.
“El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley”.

señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procedería a hacerlo dentro de los seis (6) meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

Como puede comprobarse, las variantes normativas que regulan supuestos que permiten la traslación hacia otro órgano de las funciones encomendadas constitucionalmente al ente naturalmente investido de tales competencias si éste no las cumpliera en tiempo y forma, no dejan de ser polémicas, sobre todo cuando se trata de la subrogación del órgano legislativo por un ente sucedáneo que puede emitir normas de naturaleza legislativa con carácter general.

Es que, como advierte MORÓN URBINA, si bien tal recurso parece ser lo más directo, efectivo y expeditivo, merece analizarse su conveniencia considerando que tal transferencia de funciones legislativas priva al público de la etapa de debate y contraposición de ideas, al tiempo de otorgar rango de ley a actos públicos que, en esencia, no lo son¹⁴²².

Por último, respecto de Brasil, ROTHENBURG expresa que la Constitución programática resulta vulnerada con frecuencia por la omisión en implementar sus directrices, lo que desafía a la búsqueda de soluciones alternativas, por ejemplo, “desinvertir” total o parcialmente a los sujetos originariamente encargados de realizar los mandatos constitucionales, atribuyendo competencias a otros que estuvieran mejor dispuestos para desempeñarlas¹⁴²³.

Sin embargo, advierte que este cambio de titularidad como sanción ante la inoperancia de activar las órdenes constitucionales debe ser aceptado sólo como *alternativa extrema y excepcional*, cuando otros modos menos drásticos de control del cumplimiento de la Constitución hubiesen fracasado y se revelase adecuado llevar las posibilidades de solución jurídica a tales consecuencias, de manera que ya no importara tanto quién lo haga, sino que finalmente el ideal constitucional sea realizado¹⁴²⁴.

d.2) De cualquier modo, una previsión de magnitud similar a las evocadas se dio en el marco del derecho público provincial argentino en la Constitución de Tucumán, aunque quedó atrapada (y atascada) meramente en el plano normológico, como anticipáramos. En su art. 134, inc. 2º, aquella diseñó una acción de inconstitucionalidad

1422 MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit., “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 453.

1423 ROTHENBURG, Walter Claudius, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, Edit. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 209.

1424 *Ibid.*, p. 210.

por omisión *sui generis* articulable ante el —nunca establecido— Tribunal Constitucional, por el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo o un departamento ejecutivo contra el Concejo deliberante municipal, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. Ante tal situación, se preveía que el Tribunal —luego de apreciar las circunstancias del caso— fijara un plazo para que se expidieran, *vencido el cual sin que ello se hubiese producido, podría autorizar al accionante a la directa promulgación, total o parcial, de la cláusula de que se tratare*. Es preciso recordar, como se anticipó en otra parcela de este ensayo, que ese Tribunal Constitucional nunca fue implementado y, por ende, tal extravagante hipótesis de control de la inconstitucionalidad omisiva (hoy derogada) jamás tuvo aplicación.

Sea como fuera, en el ámbito federal argentino una modalidad de traslación de funciones no resultaría fácilmente sustentable.

En primer lugar, por cuanto no existe disposición expresa que haga viable una transferencia funcional de semejante magnitud que opere como resultado de una imposición legisferante al Congreso.

En segundo lugar, pues al menos desde el ángulo normativo, la interpretación de ciertas normas de la Ley fundamental no dejaría espacio para legitimar semejante alternativa. Nos referimos al resultado hermenéutico que arroja la interacción de sus arts. 76 y 82, de la que surge que, por un lado, el primero “prohíbe” la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo los casos allí explícitamente autorizados respecto de los cuales siempre la facultad de acudir a tal sorteo delegativo es retenida por el Congreso¹⁴²⁵; y, por otro, la última de las cláusulas nombradas prescribe que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse *expresamente, excluyendo en todos los casos la sanción tácita o ficta*.

4. Ante una hipótesis de omisión inconstitucional relativa o parcial

Ésta es la tipología de omisiones que ha sido más abundantemente trabajada por la doctrina y abordada por la jurisprudencia, con lo cual son muy variadas las posibles respuestas para corregirlas.

Brevemente expuestas, pues ya hemos realizado nutridas alusiones al tema durante el curso de este trabajo, son copiosas las opciones con que el órgano jurisdiccional cuenta para intentar superarlas.

1425 En efecto, el primer párrafo de dicho art. 76 dispone: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

Así, podría acudir a sentencias *bilaterales* o *multilaterales*, si involucra en la solución del tema al Congreso o Parlamento y/o al Poder Ejecutivo (e incluso al juez ordinario en casos como Italia, donde existe una división entre la Corte Constitucional —como gran juez constitucional— y los jueces ordinarios); o *unilaterales*, si es el propio órgano de justicia constitucional quien corrige *per se* y directamente la situación anticonstitucional derivada de la existencia de la pretermisión legislativa relativa.

Antes de entrar en el nutrido catálogo de posibles respuestas, vale consignar que tanto la *consulta judicial de constitucionalidad* como la *consulta legislativa de constitucionalidad* que puede evacuar la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica son instrumentos útiles en ese ámbito constitucional para prevenir o salvar posibles omisiones inconstitucionales relativas (también lo son respecto de las absolutas, como dejáramos consignado *supra*).

Efectuada la intercalación explicativa precedente, algunas posibilidades de solución podrían ser las que se nombrarán a continuación (las cuatro —4— primeras opciones son pronunciamientos *bilaterales*; mientras que la quinta —y última— es una sentencia *unilateral*):

1. Formular *recomendaciones al legislador* para que adecue la normativa cuestionada.
2. Emitir una sentencia *exhortativa* o una *apelativa* al cuerpo legislativo (existen ordenamientos jurídicos que consideran que ambas conforman una única y misma categoría, mientras que en otros sitios son consideradas como dos especies diversas).
3. Pronunciar una resolución de *mera inconstitucionalidad sin nulidad*, fijando un plazo para que el legislador subsane la omisión relativa, bajo apercibimiento —en caso de incumplimiento— de hacerlo directamente el propio ente judicial.
4. Deparar una sentencia *aditiva de principio*, la que no genera una solución *unilateral* del órgano de justicia constitucional pues carece de operatividad jurídica inmediata, proponiéndose una especie de reenvío al legislador. Aquel *no produce una regla inmediatamente actuante y aplicable*, sino que moldea un *principio general* que debe ejecutarse a través de la intervención del *legislador*, pese a que el *juez ordinario* puede —dentro de ciertos límites— hacer referencia, en la decisión de casos concretos, al principio sentado por el órgano máximo de justicia constitucional (ver el caso italiano).
5. Dictar una *sentencia interpretativa*, de perfil “manipulativo”, particularmente en su subcategoría de sentencia *aditiva pura o clásica o con efectos aditivos*. Se declara inconstitucional una disposición *por aquello que no prevé o no dispone* y, para nivelar la desapareja norma infraconstitucional que ha violentado el

principio de igualdad (puede también tratarse de una violación al debido proceso, etcétera) al excluir arbitrariamente a algunos de lo que acuerda a otros en paridad de circunstancias, precisamente *hace extensivo el contenido preceptivo de la disposición al grupo ilegítimamente excluido o discriminado*. La experiencia de la Corte Constitucional italiana es rica en la materia, aunque también lo son, v. gr., las del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Constitucional colombiana.

5. Prognosis errónea del legislador y otras cuestiones conexas. El “deber de adecuación”

A) En un supuesto de prognosis desacertada del legislador, el juez podría detectar la situación inconstitucional producida a partir del incumplimiento por parte de aquel de su deber de adaptar, actualizar o perfeccionar la norma existente desfasada.

En puridad, no se configurarían ni una omisión absoluta ni una relativa *stricto sensu*, tal como hemos conceptualizado aquí a tales modalidades “clásicas” de pretermisión anticonstitucional.

Un caso como el descrito habilitaría a declarar la inconstitucionalidad del dispositivo legal existente y exhortar al legislador a *aggiornar* la normativa desactualizada para recomodarla a los estándares que compatibilicen con la Constitución y la interpretación que de ella hubiera realizado el órgano máximo de justicia constitucional.

Tal vez una solución jurisdiccional cercana a cuanto aquí predicamos fue diseñada por la Corte Suprema argentina en el citado caso “Mignone” (2002), en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional y exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a sancionar los lineamientos normativos de rigor y acondicionar la infraestructura correspondiente para dar cumplimiento, en el plazo que les fijó, al derecho fundamental cuyo ejercicio había quedado bloqueado por la regla devenida anticonstitucional. El Tribunal fustigaba, así, el incumplimiento del “deber de adecuación” normativa en cabeza del legislador.

Vale reiterar que el problema que examinamos ha sido abordado doctrinariamente en Alemania y Austria, *inter alia*, e incluso corregido por fallos de los respectivos tribunales constitucionales de esos países.

Sólo por citar ilustrativamente un caso, el alemán, se comprueba que el *BVerfG* ha concebido justamente el nombrado “deber general de adecuación” (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*) como fundamento del deber constitucional de legislar,

estándar que se torna más extenso e intenso en cuanto a la obligación de actuar de maneras protectoria y constructiva en el campo de los derechos fundamentales¹⁴²⁶.

Ello se observa nítidamente en la paradigmática (y varias veces nombrada) sentencia de 29 de enero de 1969, en relación con el art. 6.5 de la GG. (de 1949) y la premisa taxativa de equiparación de las condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social entre hijos ilegítimos y legítimos. Sucedió que habían transcurrido veinte (20) años sin que el legislador cristalizara positivamente semejante *igualdad*, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que la normativa constitucional era directamente aplicable con “fuerza derogatoria” de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias, salvando así la injusta e inconstitucional *omisión* del legislador, además de ordenar a éste que en el curso de la legislatura entonces en curso (1969) dictara la legislación ordenada en el aludido artículo constitucional.

B) Una situación interesante se configuraría, por ejemplo, en el supuesto de que el legislador no procediera a ajustar normas infraconstitucionales preexistentes a una reforma constitucional que hubiera consagrado nuevos parámetros jurídicos y axiológicos a los que aquellas debieran adaptarse.

Emplazándonos en el caso de Argentina, es posible tomar en consideración la situación de determinadas cláusulas legales previas a la reforma constitucional de 1994 que quedaron desfasadas o sobrevivieron total o parcialmente inconstitucionales por imperio de la mutación de ciertos paradigmas jurídicos al influjo de aquella renovación de la *Lex Legum*.

Es lo que acaeció con la adjudicación de jerarquía constitucional a un plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, al encaramarse como parámetro de convencionalidad junto al plafón de constitucionalidad del texto y el espíritu de la Constitución, provocó que algunas normas subconstitucionales (v. gr., del Código Civil) quedaran desnaturalizadas o devinieran insuficientes frente el nuevo escenario jurídico.

Si en la etapa previa a dicha modificación podían tales cláusulas ser consideradas *constitucionales*, ¿podría acusarse al legislador de haber incurrido en una hipótesis de *prognosis errónea*? Pareciera que no. Tampoco podría aquel quedar incurso en un supuesto de *omisión inconstitucional relativa o parcial*, pues —como decíamos— la cláusula de nuestro ejemplo existió y era *constitucional*.

Entonces, ¿habría conducta censurable imputable al órgano legisferante? En su caso, ¿en qué consistiría ésta y cuál sería la posible solución por dispensar judicialmente?

1426 Ver, *mutatis mutandis*, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, op. cit., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, p. 55.

Si por ejemplo, y a causa de la reforma, el precepto se convirtió en parcialmente inconstitucional y el legislador *se hubiese desentendido* de su complementación o adaptación a los nuevos designios constitucionales, ésa sería justamente la actitud —*omisiva*— reprochable, lo que así podría determinar el órgano judicial, por ejemplo, intimándolo a que produzca la pertinente actualización de la regla, o bien modelando *per se* y para el caso concreto la solución que estimara adecuada. Lo reprochable aquí sería el incumplimiento por el legislador del deber de adaptar o actualizar la normativa preexistente.

Con algún punto de contacto con lo que venimos exponiendo, puede traerse a colación la situación del art. 259 del Código Civil argentino que, al no incluir a la madre del niño en la nómina de legitimados activos para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, habría quedado desfasado frente a la preceptiva constitucional introducida por la reforma de 1994 y la nueva trama jurídico-axiológica edificada a partir de la dotación de alcurnia constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la CETFDM y la CDN)¹⁴²⁷.

Tal situación desnuda la insuficiencia normativa de la citada disposición del ordenamiento civil (frente a la exigencia de un tratamiento igualitario entre hombre y mujer y la trascendente obligación de garantizar una consideración primordial en favor del interés superior del menor) y, por ende, su incompatibilidad con el cuerpo y el espíritu de la Constitución, ante la pretermisión en que habría caído el legislador de adecuarla a los actuales lineamientos constitucionales y, así, atribuir legitimación también a la madre.

En una hipótesis de semejante índole, otra alternativa que podría manejar el órgano juzgador sería emitir una sentencia interpretativa con efectos *aditivos*, manteniendo la nómina de legitimados que se considera superan el test de constitucionalidad y extendiendo su previsión a otra u otras personas que razonablemente deberían estar comprendidas en la misma *vis-à-vis* los nuevos lineamientos y valores introducidos por la modificación constitucional.

Ya fuera del escenario argentino, para culminar este capítulo y dar paso al esquema de conclusiones que cerrará la obra, puede observarse por ejemplo que en Hungría se consideró como un *supuesto especial de omisión inconstitucional* el incumplimiento por el Parlamento de la modificación de una ley que ha devenido inconstitucional a causa de una reforma constitucional. Al respecto, en otro tramo de

1427 Incluso hubo al respecto una sentencia discutible de la Corte Suprema de Justicia recaída *in re* “D. de P. V., A. v. O., C. H.”, de 1 de noviembre de 1999 (*Fallos*, 322:2701), que abordáramos *supra*.

este trabajo habíamos mencionado la Sentencia 2/1993 (I. 22) AB, en la que el Tribunal Constitucional magiar determinó que las disposiciones regulatorias de los referendos en la ley específica sobre la materia sancionada antes de la modificación constitucional de 1989 eran *incompatibles con los nuevos recaudos constitucionales fundados en el principio de división de poderes*.

En función de ello, y sobre la base de lo estipulado en el art. 21, par. 7, de la Ley del Tribunal Constitucional, se constató la existencia de una situación inconstitucional surgida de una omisión de actuar y, consiguientemente, el Parlamento fue urgido a cumplir su deber de legislar (ABH 1993, 33, 39).