

INTRODUCCIÓN

I. Consideraciones preliminares

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Dicho precepto constitucional establece:

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

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

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

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

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

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

III. Estructura y contenido de la investigación

1. Breves aclaraciones formales

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

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

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

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

2. El recorrido propuesto

A) Sector introductorio

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

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

B) Cuerpo del trabajo

a) Título primero

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

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

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

b) Título segundo

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

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

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

c) Títulos tercero a octavo

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

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

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

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

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

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

d) Título noveno

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

e) Títulos décimo y undécimo

Ambos están íntegramente dedicados al caso argentino.

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

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

f) Títulos duodécimo a decimosexto

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

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

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

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

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

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

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

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

g) Título decimoséptimo

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

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

C) *Segmento de conclusiones*

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

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

1. La CSJN argentina sostuvo, en uno de los párrafos más célebres de su doctrina judicial, que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la C.N. e independientemente de las leyes reglamentarias*; añadiendo que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación³.

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

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

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

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

4 Valga recordar que el art. 31 de la C.N. enumera los instrumentos considerados *ley suprema de la Nación*. Al respecto, dice en su parte pertinente: "Esta *Constitución*, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la *ley suprema de la Nación*; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..." [énfasis añadido].

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

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

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

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

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

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

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

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

5 JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 113.
6 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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