

## **TÍTULO TERCERO**

---

# **INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN (I): DESLINDE CONCEPTUAL**

**CAPÍTULO**

**I**

**¿DE QUÉ HABLAMOS  
CUANDO HABLAMOS DE  
INCONSTITUCIONALIDAD  
POR OMISIÓN?**

## I. Preliminar

Por razones metodológicas es imprescindible efectuar una delimitación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión, la que — pese a la obiedad — supone involucrar a las pretericiones inconstitucionales que consideramos pasibles de corrección.

Si bien volveremos sobre el punto, comenzamos reafirmando que la violación a la Constitución puede darse *por acción o comisión y por omisión*.

El primer caso se da cuando se dicta un instrumento normativo (ley, decreto, ordenanza, resolución, etcétera) contrario a la Ley fundamental, sin perjuicio de que, en puridad, nos interese enfocar aquí de manera particular las preterisiones del legislador.

El segundo supuesto se configura, valga la tautología, cuando se *omite inconstitucionalmente*, esto es, cuando no se actúa o no se sanciona una norma pese a la imposición de la Constitución al respecto y también cuando se lo hace deficiente o discriminatoriamente, debiendo generarse en ambos casos una *situación inconstitucional*.

Utilizando una imagen discursiva podríamos decir que la primera hipótesis (por *acción o comisión*) supondría una inconstitucionalidad *positiva*, no por el resultado sino por el medio que se emplea para configurarla: un *producto normativo*. Mientras que la segunda (por *omisión*) importaría una inconstitucionalidad *negativa*: una *inactuación lisa y llana, o bien, una actividad insuficiente y defectuosa*.

El fundamento para habilitar las omisiones inconstitucionales legislativas radica, como *mutatis mutandis* lo puntualizara AGUIAR DE LUQUE, en que “si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos y, de modo específico, del legislador, *tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar*”<sup>133</sup>.

Tal vez el origen más cercano y concreto de la preocupación doctrinaria por el estudio de la inconstitucionalidad por omisión legislativa deba ubicarse en Alemania, desde donde han provenido tempranos e importantes aportes teóricos, sin olvidar

---

133 AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, N° 24, UNED, Madrid, 1987, p. 25.

ciertos pioneros antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuya ley —cabe recordar— fue sancionada en 1951.

Presentada a grandes trazos la cuestión, efectuaremos seguidamente una rápida exposición de las posiciones que la doctrina ha adoptado en torno al concepto de la figura y a su alcance, para luego perfilar brevemente nuestra visión sobre el particular.

## II. Recorrido doctrinal enunciativo

### 1. Dos vertientes autorales

Una acotada explicación previa nos lleva a subrayar que, a grandes trazos, dos son las posiciones salientes que las doctrinas nacional y extranjera han asumido respecto de la delimitación conceptual de la inconstitucionalidad por omisión en cuanto a su radio de cobertura: una *amplia* y otra *restringida*.

De cualquier modo y como el problema es arduo, complejo y multifacético, al interior de cada una de tales percepciones no existe precisamente una coincidencia absoluta sobre los alcances del instituto en análisis.

#### A) *Posición amplia*

Sin ánimo taxativo, enunciaremos las visiones de algunos de los exponentes de esta concepción.

a) En general, la doctrina argentina se ha ubicado en esta tesitura entendiendo que la inconstitucionalidad por omisión puede activarse ante inercias de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Es preciso advertir, sin embargo, que no ha existido una preocupación sostenida por profundizar y sistematizar los perfiles conceptuales de la figura.

Para BIDART CAMPOS, así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, “hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos *inconstitucionalidad por omisión*”. Añade que, para detectarla, “hay que examinar en cada caso si la ‘obligación’ de ‘hacer’ que impone la Constitución (por ej., legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber”<sup>134</sup>.

---

134 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 354-355.

A su turno, SAGÜÉS sostiene que “el Estado puede pecar de inconstitucionalidad no solamente ‘dictando’ normas inconstitucionales, sino también ‘no dictando’ aquellas normas generales que la Constitución le manda promulgar (p. ej., al no implementar debidamente ciertas cláusulas programáticas de la ley suprema); o al no reglamentar el Poder Ejecutivo la ley dictada por el Congreso, cuando así debe hacerlo”<sup>135</sup>.

Por su parte, QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI y CENICACELAYA entienden que la violación constitucional puede producirse no por incompatibilidad de normas infraconstitucionales con la Constitución, sino por ausencia o falta de regulación, estando ésta prescrita por la propia Constitución. Advierten que la omisión inconstitucional se puede consumir por incumplimiento (demora, inacción, abstención) tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo y que el presupuesto de la inconstitucionalidad por omisión es *el incumplimiento de un órgano estatal*<sup>136</sup>.

Del repaso efectuado, surge que entre los autores mencionados existe coincidencia en punto a que la inconstitucionalidad por omisión no queda circunscrita a las pretericiones del legislador, sino a las de cualquier órgano que ostente el deber constitucional de deparar normas de desarrollo de la Ley fundamental.

b) Ya en cuanto a la doctrina extranjera, pueden nombrarse —entre otros— a MIRANDA en Portugal y FERNÁNDEZ SEGADO en España.

El primero de ellos ha indicado que la inconstitucionalidad por omisión es una inconstitucionalidad negativa, que resulta de la inercia o del silencio de *cualquier órgano de poder*, durante un cierto tiempo, del acto exigido por la Constitución (“a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de *qualquer órgão de poder*, o qual deixa de praticar em certo tempo o acto exigido pela Constituição”)<sup>137</sup>.

El segundo ha expresado que “el instituto de la inconstitucionalidad por omisión se vincula [...] a la estructura de determinadas normas constitucionales, que requieren para su cumplitud de una intervención reguladora ulterior, *normalmente del legislador, si bien, aunque de modo excepcional, dicha intervención, a nuestro entender, podría provenir asimismo de un órgano administrativo*”<sup>138</sup>.

---

135 SAGÜÉS, Néstor P., *Compendio de derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 37.

136 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Á., y CENICACELAYA, María de las N., *Derecho Constitucional argentino*, T° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pp. 564-565.

137 MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T° II, Coimbra Edit., Coimbra, 1993, p. 338.

138 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en el “Prólogo” a la obra de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, p. 20.

Es posible identificar una amplitud intensa en la visión del profesor luso (cuando se refiere a la inercia o al silencio de *cualquier órgano del poder*) y una versión no tan expandida en la posición del catedrático español, que ciñe la inconstitucionalidad por omisión a la ausencia de intervención reguladora por parte del órgano legislativo y excepcionalmente de un órgano administrativo.

### **B) Percepción restringida**

En Europa se aferran a esta postura reducida, en general comprimiendo la inconstitucionalidad por omisión a las pretericiones legislativas, autores como PICARDI (Italia) y GOMES CANOTILHO (Portugal) y algunos doctrinarios españoles que se han acercado de un modo sistemático a la problemática que analizamos.

PICARDI puntualiza que por *omisión del legislador* se entiende una situación caracterizada, de una parte, por un precepto constitucional que describe un determinado comportamiento del legislador (sanción de normas legislativas de conducta); por otra parte, un acto concreto del legislador que contrasta, en todo o en parte, con aquello descrito por el precepto constitucional (“si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che describe un determinato comportamento del legislatore [emanare norme legislative di attuazione], per altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tutto o in parte, con quello descritto dal precetto costituzionale”)<sup>139</sup>.

Por su parte, luego de advertir que la noción de omisión legislativa no es un concepto ‘naturalista’, reconducible a un simple ‘no hacer’ o a un simple ‘concepto de negación’, GOMES CANOTILHO señala que la omisión legislativa, para cobrar significado autónomo y relevante, debe conectarse con una exigencia constitucional de acción, no siendo suficiente el simple *deber general de legislar* para dar fundamento a una omisión inconstitucional. Es decir, que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del no cumplimiento de *exigencias constitucionales legisferantes en sentido estricto*, o sea, del no cumplimiento de normas que, de manera permanente y concreta, vinculan al legislador a adoptar medidas legislativas ‘concretizadoras’ de la Constitución (“A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexasse com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”, agregando que las omisiones legislativas inconstitucionales “derivam do não cumprimento de *imposições constitucionais legisferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas

---

139 PICARDI, Nicola, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, en AA.VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 597 y ss.

que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição”<sup>140</sup> [énfasis del original].

A su tiempo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entiende que la inconstitucionalidad por omisión es “la falta de desarrollo por parte del *Poder Legislativo*, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”. Aclara que la primera idea (falta de desarrollo) hace referencia a la *omisión*, mientras que el resto alude a la *inconstitucionalidad*<sup>141</sup>.

GÓMEZ PUENTE parte de la *inactividad legislativa como concepto jurídico*, es decir, pretende desterrar —a nuestro juicio, con razón— que aquella sea una cuestión meramente política carente de toda significación jurídica. Añade que la teoría de la inactividad se construye a partir de un *deber jurídico positivo de obrar*<sup>142</sup>.

Es que si la emanación de una ley que viola la Constitución tiene notorias consecuencias jurídicas que pueden conducir a activar el control de constitucionalidad y por tanto la declaración de su inconstitucionalidad con efectos generales o particulares, de acuerdo con el sistema de control de constitucionalidad al que se adscriba, el incumplimiento de un mandato constitucional de legislar en desarrollo de la Ley fundamental naturalmente también debe tenerlas.

Finalmente, sintetizando el pensamiento de VILLAVERDE MENÉNDEZ, vemos que este autor se distancia de lo que denomina la *tesis obligacional* (deber de legislar), postulada por los doctrinarios anteriormente nombrados, y sostiene que dentro de la libertad de decisión que ostenta, el legislador puede optar por permanecer pasivo, lo que en rigor supone no legislar. Añade que tal silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando de él cabe derivar una *norma implícita que crea o mantiene situaciones jurídicas no queridas por la Constitución*. Sólo aquellos silencios de la ley (omisiones relativas) o del legislador (omisiones absolutas), que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declarados omisiones inconstitucionales<sup>143</sup>.

En resumen, el autor esgrime que en el silencio legislativo existe una norma implícita que puede ser objeto de control jurídico<sup>144</sup>.

---

140 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Almedina, Coimbra, 1993, p. 1089.

141 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 81.

142 GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. XXXII-XXXIII.

143 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, op. cit., *La inconstitucionalidad por omisión*, por ejemplo en pp. 35 y ss.

144 *Ibid.*, pp. 109 y ss.

## 2. Las tesis obligacionistas y normativistas

Como acabamos de ver, no es precisamente cuestión sencilla ni pacífica definir qué se entiende por omisión inconstitucional y cuál debería ser el objeto de la fiscalización por el órgano de justicia constitucional.

Dos posiciones doctrinales, *obligacionistas* y *normativistas*, muestran *a priori* un desencuentro absoluto<sup>145</sup>.

Así, para los *obligacionistas*, el control constitucional se posa en el incumplimiento por parte del legislador de una determinada obligación (o deber) de legislar que le impone la Constitución, lo que realza la importancia de analizar el lapso por el que se ha mantenido la indolencia legislativa. Exponente de esta tesis es fundamentalmente la doctrina portuguesa reseñada.

Los *normativistas*, a su hora, hacen énfasis no tanto en la omisión propiamente dicha, vista como el incumplimiento de una obligación de legislar, sino en las consecuencias de la misma, destacando que el control debe recaer en la norma implícita que surge de la inactividad del legislador. Cultura de esa posición es la doctrina italiana.

Desde nuestro punto de vista estas concepciones, en apariencia disociadas radicalmente, pueden brindar algún útil puente conectivo y permitir una conceptualización de la omisión inconstitucional que tome elementos de ambas.

Coincidimos en el particular con FERNÁNDEZ SEGADO cuando describe a la omisión inconstitucional “como una realidad bifronte, esto es, si por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional del legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Dicho de otro modo, la caracterización jurídica del concepto que nos ocupa ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa. Y desde esta óptica, las concepciones obligacionales y normativistas se manifiestan reductoras frente a la complejidad de la figura jurídica considerada”<sup>146</sup>.

---

145 Seguiremos aquí el panorama que describe FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Año 3, N° 7, abril-junio de 2009, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, HS Edit., Rio Grande do Sul, pp. 64-65.

146 *Ibid.*, p. 66.

Al respecto, FERNÁNDEZ SEGADO (idem) remite a PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2003, p. 13.



### 3. Nuestras percepción y propuesta conceptuales

Con la lógica prevención que indica que toda definición es *peligrosa y arbitraria*, igualmente arriesgaremos una propuesta de conceptualización de la figura.

Simplificando al extremo la cuestión y partiendo de la posición de vinculación entre elementos sostenidos por obligacionistas y normativistas, entendemos que la inconstitucionalidad por omisión consiste en *la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.*

A continuación, para intentar dar una explicación más comprensible, disociaremos esquemáticamente los componentes de tal caracterización.

A) Comenzaremos vinculando la primera parte del concepto con la última. Así, obtendríamos tres elementos por analizar:

- *La falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional.*
- *Que tales inactuación total o actividad deficiente se hayan mantenido por un lapso irrazonablemente extenso.*
- *Que de ellas se derive una situación jurídica contraria a la Constitución.*

a) La alusión a “la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional” y las expresiones “inactuación total o actividad deficiente”, nos conectan con las modalidades de omisiones anticonstitucionales más difundidas: *absoluta o total* y *relativa o parcial*, siguiendo *mutatis mutandis* la conocida tipificación de WESSEL.

Con cargo a volver más detenidamente sobre el particular, aquí adelantamos someramente que la omisión inconstitucional será *absoluta o total* cuando no se ha dictado normativa legislativa alguna para desenvolver el mandato constitucional. O sea, se configura un caso de “*falta de desarrollo de una disposición constitucional*” o de “*inactuación total*” por parte del legislador.

A su tiempo, será *relativa o parcial* si se hubiera sancionado un dispositivo legislativo pero de modo insuficiente, excluyendo arbitrariamente de su cobertura a determinados grupos o personas y violando así el principio de *igualdad* o en ciertos casos otros, como el *debido proceso*. En otras palabras, se presenta un supuesto de “*insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional*” o “*actividad deficiente*” del legislador.

La alusión al *debido proceso* en el párrafo anterior nos lleva a aclarar que existen desarrollos jurisprudenciales (fundamentalmente en la Corte Constitucional de Colombia) que predicán, acertadamente a nuestro juicio, que las omisiones inconstitucionales relativas no se configuran de manera exclusiva cuando media quebrantamiento de la igualdad, sino también en supuestos de insuficiencia normativa lesiva del debido proceso y otros bienes, principios o valores constitucionales. Volveremos sobre este tema más adelante.

Finalizamos esta breve aproximación resaltando la gráfica e interesante contribución de MIRANDA en cuanto a que la omisión relativa o parcial consiste *en la falta de cumplimiento del mandato constitucional en cuanto a algunos de sus aspectos o de sus destinatarios*<sup>147</sup>. Nos parece una buena fórmula sintetizadora de los perfiles de tal vertiente de pretermisión inconstitucional.

b) Por otra parte, el tramo de la conceptualización que se refiere a que aquellas pasividades del legislativo deben haberse *mantenido por un lapso de tiempo irrazonablemente extenso*, naturalmente se conecta con el parámetro cronológico, que debe resultar dilatado sin justificación.

No cualquier retraso de parte de aquel en dictar el dispositivo legal o en corregir el sancionado de modo insuficiente provocará la existencia de la anticonstitucionalidad omisiva total o parcial, respectivamente.

Como una actitud de prudente deferencia hacia el legislador, en resguardo de su autoridad democrática y libertad configurativa, el *statu quo* debe haberse prolongado por más de un “plazo adecuado”, como sostuvo el *BVerfG* en la conocidísima Sentencia N° 26/1969, de 29 de enero, respecto de la normativa que el Parlamento debía emanar para cumplir con el art. 6.5 de la *GG* acerca de la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, que suponía la obligación de aquel de adaptar las disposiciones preconstitucionales a los nuevos requerimientos y postulados de la citada *GG* (de 1949). El *BVerfG* declaró la omisión inconstitucional y ordenó al legislador que procediera a sancionar la norma respectiva en el curso de la legislatura de tal año (1969). Más adelante regresaremos a este señero pronunciamiento.

En línea convergente, el Tribunal Constitucional de España también ha requerido el acaecimiento de tal período temporal “razonable”, encadenado a otros requerimientos, para declarar la inconstitucionalidad por omisión. En ese sentido, puede verse la Sentencia N° 31/1994, de 31 de enero de 1994 (Sala 2ª), referida a la regulación de la televisión por cable.

---

147 MIRANDA, Jorge, op. cit., *Manual de Direito Constitucional*, p. 339.

Allí dejó precisado que: “Lo que no puede el legislador *es diferir ‘sine die’, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora*, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E. [Constitución española], *pues la ausencia de regulación legal comporta*, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, *no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación* que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la ‘publicatio’ de la actividad de difusión televisiva permite, en modo alguno, eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990 y 189/1991) *ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ‘ex Constitutione’, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio*, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E.” (F.J. 7).

En definitiva, “plazo prudencial”, “plazo razonable” u otra expresión equivalente denotan con claridad que se exige que la situación omisiva inconstitucional, para ser así declarada, debe haberse mantenido injustificadamente por un espacio temporal cuantitativamente importante, análisis que dependerá de las características del asunto en cuestión y, en su caso, del tenor del derecho que haya sido obturado.

c) Por último, la porción del concepto que exige el desencadenamiento de *una situación jurídica contraria a la Constitución*, no merece mayores disquisiciones.

No es ni más ni menos que poner en claro que otro de los elementos que deben concurrir para la declaración de la inconstitucionalidad omisiva es que justamente *exista una violación objetiva de la Constitución*.

Si no provoca infracción a la Ley fundamental, podrá ser omisión legislativa, pero *no será omisión legislativa inconstitucional susceptible de fiscalización por el mecanismo que aquí estudiamos*.

**B)** El segundo tramo de la delineación conceptual alude a que por vía de principio la inconstitucionalidad por omisión involucra exclusivamente al *legislador*, y sólo de manera excepcional podría envolver también al Poder Ejecutivo cuando no dicta la reglamentación pertinente para poner en funcionamiento el dispositivo legal y, de ese modo, termina obliterando indirectamente la eficacia de la disposición constitucional.

C) Por fin, el segmento del intento propositivo relativo a *la existencia de un mandato expreso de desarrollo o de corrección de desarrollo insuficiente de la disposición constitucional*, supone la convergencia de una orden o un encargo al legislador para que dicte la normativa ausente o, en caso de haber emanado alguna que hubiese resultado deficiente, para que la subsane. Ello permitiría, en cualquiera de los dos supuestos, la correcta *concretización* de la disposición en cuestión.

Este asunto exhibe un punto de toque con lo sostenido por GOMES CANOTILHO cuando explica que puede hablarse de inconstitucionalidad por omisión, de un modo general, *cuando la Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en “exequibles”<sup>148</sup> por sí mismas, reenviando al legislador la tarea de darles “exequibilidad” práctica<sup>149</sup>.*

El tema exige una necesaria puntualización, planteada por PIOVESAN. Esta autora afirma que *si todas las normas de la Constitución tuviesen aplicabilidad inmediata e integral, no habría espacio para la omisión inconstitucional*. De ello extrae que el campo de incidencia de la inconstitucionalidad por omisión se atiene, así, a las *normas de eficacia limitada*, puesto que la omisión inconstitucional frustra la producción amplia de sus efectos. Cierra su enfoque aseverando que el control sobre la inconstitucionalidad por omisión permite repensar la eficacia de las normas constitucionales cuando alude a una *valorización de la fuerza normativa de la Constitución*, ya que muchas de las normas constitucionales pasan a revestirse de los medios de acción esenciales para su ejercicio<sup>150</sup>.

No es difícil intuir que la cuestión reconduce a la discutidísima diferenciación entre disposiciones operativas y programáticas, sobre la que volveremos después.

Por ahora, y *mutatis mutandis*, parece posible y útil trazar una línea de contacto entre lo anteriormente señalado (por GOMES CANOTILHO y PIOVESAN) y un fallo de la

---

148 Según el ya citado *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., la palabra “exequible” significa: “Que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto” (Fuente: <http://lema.rae.es/drae>).

Traemos a colación el alcance semántico del vocablo no solamente para justificar la traducción del portugués al español que efectuáramos en el texto, sino porque será también utilizado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, sobre todo, al recorrer el derecho y la jurisprudencia colombianos, ámbitos en los que la palabra en cuestión está profundamente arraigada y usualmente se emplea por la doctrina y la Corte Constitucional, órgano máximo de la justicia constitucional de aquel país.

149 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, “Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito a emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas”, en *As garantias do cidadão na justiça*, Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 354-355.

150 PIOVESAN, Flavia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção*, 2ª ed. revista, atualiz. e ampl., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 186.

CSJN argentina recaído *in re* “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”<sup>151</sup>, de 24 de abril de 2012.

En relación con derechos fundamentales como los que estaban en juego en el caso (por ejemplo, el de acceso a la vivienda digna), el Tribunal manifestó que los mismos consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con las siguientes características: **i)** no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad* (consid. 10 de la mayoría); **ii)** esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo* (*Ibid.*, consid. 11); y **iii)** están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (*Ibid.*, consid. 12).

En torno a la nombrada *operatividad de carácter derivado*, agregó que ésta significa que, en principio, *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias y los salarios, además de los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad, la que en definitiva soporta la carga (*Ibid.*, consid. 11)<sup>152</sup>.

El estándar que la CSJN elaboró instrumenta un *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado*, dejando en claro que la

---

151 *Fallos*, 335:452.

Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

152 En similar sentido se expidió la CSJN en ‘A.294.XLVII y otros - Recursos de hecho’, particularmente “A. R., E. M. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, de 11 de diciembre de 2012.

Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni y Maqueda; mientras que por su voto lo hizo el juez Petracchi.

Se ordenó a la demandada que garantizara el derecho a la vivienda respecto de varias personas en “situación de calle”, al estimar que las cuestiones planteadas resultaban sustancialmente análogas a las consideradas y decididas en “Q. C., S. Y.”.

En concreto, dispuso que aun en forma no definitiva, la accionada debía proporcionar alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

A su tiempo, en ‘A.662.XLVII y otros - Recursos de hecho’, concretamente “A. P., L. V. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Amparo”, de 11 de diciembre de 2012, el Tribunal juzgó que las cuestiones suscitadas en las actuaciones en las que se promovían los recursos extraordinarios, cuya denegación motivara las quejas, no guardaban sustancial analogía con las examinadas en “Q. C., S. Y.”, resultando inadmisibles en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (C.P.C.C.N.).

En esta causa votaron de modo coincidente los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

razonabilidad significa entonces que, “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*” (*Ibid.*, consid. 12, penúltimo párrafo).

De su lado, consideró “evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que *ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere*. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (consid. 13, *in fine*).

En suma, abandonando el fallo reseñado y para culminar este tramo del trabajo, nuestra percepción nos lleva a sostener que el tema de la *efectividad* de las disposiciones constitucionales es una de las preocupaciones acuciantes de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, desde que la *ineficacia jurídica* no es sino un disvalor, que corroe los cimientos de la Ley fundamental y la deslegitima.