GÉNESIS Y APOCALIPSIS DE LAS PROMESAS CONSTITUCIONALES. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho argentino de fin de siglo



Son promesas…

PRÓLOGO

En el génesis de su historia este pueblo quiso ser libre y grande, nuestros ancestros soñaron un futuro, un destino… una Nación. Y expresaron toda esa telaraña poblada de quimeras en la Constitución Nacional. Y es allí, donde primero hemos de buscar el tan mentado “ser nacional”.

¿Por qué? Porque tanto los convencionales constituyentes como los reformadores creyeron, quizás erróneamente, que todo lo que allí enunciaran se convertiría en realidad, como si una Constitución fuese una varita mágica.

¿Qué ha ocurrido para que estas ofertas no se concreten?. Primero: el constituyente se ha excedido, llevado por la demagogia o la ingenuidad, al declamar posibilidades; segundo: el legislador ha hecho oídos sordos a los mandatos constitucionales; tercero: los jueces han sido excesivamente tímidos a la hora de admitir estos derechos a las partes; cuarto: los abogados han actuado tímidamente al momento de exigir al legislador y a los jueces el reconocimiento y la realización de las promesas constitucionales.

Y así es como llegamos a la idea de los “derechos imposibles”: aquellos derechos paradojales que tenemos asegurados pero sin posibilidad de obtenerlos, derechos que nos pertenecen como miembros de esta nación pero que no sabemos cómo incluirlos en nuestras vidas.

Alarmados por esta situación hemos decidido encarar un estudio de las herramientas de que disponemos para obtener lo que nos pertenece. Alguien tendrá que entender que hay solamente dos caminos: o se modifica la Constitución y se eliminan todas las promesas, o se legisla y sentencia, construyendo el sendero para la materialización de los derechos que la Constitución nos reconoce.

Nos decía Alexander Hamilton: “El principio fundamental del gobierno republicano, reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor en todo caso en que llegue a la conclusión de que está en desacuerdo con su felicidad. (…)

Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente; y ninguna suposición con respecto a sus sentimientos, ni aun el conocimiento fehaciente de ellos, puede autorizar a sus representantes para apartarse de dicha forma previamente al acto que indicamos. Pero es fácil comprender que se necesitaría una firmeza poco común de parte de los jueces para que sigan cumpliendo con su deber como fieles guardianes de la Constitución, cuando las contravenciones a ella por el Legislativo hayan sido alentadas por la opinión de la mayor parte de la comunidad."[1]

Es imprescindible devolver el mando a la Constitución. Tenemos que hacer todo lo jurídicamente posible para que ella, como piedra angular del sistema, sea un marco para la legislación, una valla inquebrantable que evite las violaciones a los derechos básicos, una prenda de unidad entre todos los argentinos y una herramienta que conduzca a mejorar la situación de los menos favorecidos por la fortuna, de los más castigados por el sistema.

El único remedio (no definitivo por cierto, hemos dicho remedio y no panacea) que hasta ahora encontramos para estas deficiencias que nos obsesionan es la consagración de la inconstitucionalidad por omisión.

Pero, ¿por qué exigir que la Constitución se cumpla?

Primero: porque cumplir la Constitución debe ser la función de todo buen gobierno. Esto fue gráficamente expresado por Tom Paine: "La Constitución es el antecedente del gobierno, y el gobierno es sólo una criatura de la Constitución… y gobierno sin Constitución es poder sin derecho."[2].

Ya lo había dicho el padre de nuestra Constitución: "La política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución. Ella no es sino el arte de conducir las cosas de modo que se cumplan los fines previstos por la Constitución."[3]

Así lo entendió el doctor Hipólito Yrigoyen cuando, junto con sus correligionarios, en la campaña electoral de 1916 decía: "La Constitución Nacional, rectamente interpretada y sinceramente aplicada, es el mejor programa que debe anhelarse."[4]

Segundo: porque los ciudadanos debemos acostumbrarnos a exigir, como un derecho irrenunciable, que nuestros representantes hagan aquello a que están obligados.

Tercero: porque si el poder vive en la ajuridicidad, sin que nadie lo impugne, es de autoritarios e ilusos exigir el cumplimiento de las leyes al pueblo.

Cuarto: porque como defensores del Estado Constitucional de Derecho que somos, sabemos que, si el basamento del sistema no impera, sus derivaciones son contradictorias hasta la esquizofrenia.

Quinto: porque si el constituyente sabe que intentaremos concretar lo que promete, mesurará su declamatoria demagógica, narcotizante.
Sexto: porque de una vez para siempre debemos aprender que el pueblo es el principal "artífice de su destino"[5] y que ese destino se intenta asegurar a través de las constituciones. Este volksgeist impreso en la ley fundadora de la nacionalidad debe ser respetado.
Séptimo: porque es necesario revalorizar la función de los jueces como creadores del derecho concreto, como la parte del trípode gobernante más cercana a la gente. La judicatura tiene que abandonar su papel de 'cenicienta del legislador'[6], receptora y responsable de sus errores, bien pagada con lo poco que el legislador le cede; debe asumir un papel activo en la vida jurígena y resolver en los casos donde la ley no existe. Sólo así el Poder Judicial recuperará su credibilidad ante la gente, ocupará el lugar para el que fue creado y con su acción dejará al descubierto la desidia que tan reiteradamente afecta a nuestros representantes.
Hamilton nos decía: "No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. (...) Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. (...) debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.
Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras.[7]
Concluyamos diciendo que hay que hacerle entender al legislador que puede parecerle bien o mal la orden constitucional, puede regularla de una u otra manera acorde a los tiempos, pero no puede desoírla porque la ley puede ser dura pero es la ley, y la Constitución es 'la' ley.

La figura genérica de la inconstitucionalidad por omisión. Concepto y terminología.

Digamos, básicamente, que la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando quien está obligado a determinado comportamiento por la mismísima Constitución, no cumple con ese imperativo.
Dicha orden se cifra mayoritariamente en las denominadas "cláusulas programáticas" que son aquellas que el constituyente cincela como preceptos que no surten efectos por sí mismos sino que requieren de una o más leyes que los

instrumenten, que los operativicen. Por eso la doctrina generalmente define a la norma programática como una “norma sujeta a condición suspensiva”, siendo la condición esperada la sanción del precepto infraconstitucional.
La doctrina obligacionista nos ha enseñado que hay prestaciones “positivas” (que implican hechos positivos: dar o hacer) y “negativas” (que consisten en una abstención: no dar o no hacer).
La inconstitucionalidad positiva es aquella en la que se hace lo que la Constitución prohibe, en cambio la inconstitucionalidad negativa es aquella en la que no se hace lo que la Constitución manda.
La inconstitucionalidad negativa es, pues, la inconstitucionalidad por omisión. La llamamos también inconstitucionalidad omisiva, omisión inconstitucional o inconstitucionalidad por defecto.

2 – Especies y subespecies
2.1 – Según el destinatario constitucional del acto omitido.
Debemos decir que la primera distinción que cabe hacer es entre omisiones inconstitucionales de contenido individual y omisiones inconstitucionales de contenido general. Las primeras son aquellas donde se omite un acto que afecta a un individuo concretamente determinado, las segundas implican la afección de toda la comunidad, el menoscabo del interés general de legalidad.

2.2 – Según el omitente
Si bien este trabajo está enfocado hacia las omisiones del Poder Legislativo, pueden reconocérselas, con distinta magnitud, en los tres poderes.

2.3 – Según la extensión de la omisión
A – Omisiones absolutas y relativas: las primeras se configuran cuando el legislador no crea norma alguna en respuesta al imperativo constitucional. La omisión relativa en cambio se erige cuando la norma dictada es más restrictiva que la norma programática. La restricción consistirá generalmente en excluir del derecho o garantía a algunos individuos que la norma constitucional incluye, violando claramente el principio constitucional de igualdad[8]
B – Omisión sobreviniente (prognosis errónea u omisión por desfase): las normas de prognosis son aquellas que se realizan atendiendo a una realidad concreta e intentan, como todas las normas, extenderse hacia el futuro. Pero en algunos casos el avance histórico las deja desfasadas, con lo cual incumplen el mandato al que intentaron responder. Por eso las llamamos de prognosis errónea, han fallado en su anticipación de los cambios siendo superadas por ellos. En este caso la realidad ha hecho caer al legislador en inconstitucionalidad omisiva sobreviniente.

La inconstitucionalidad por omisión del legislador. Ingredientes definitorios de la figura.

1 – Mandato expreso

Debe existir, como piedra angular de la figura, un mandato expreso. Dicho mandato ha de ser de génesis constitucional: por estar contenido en la misma Constitución formal, o bien en un tratado o una ley constitucionales, componentes del bloque constitucional material.

Esta orden debe estar dirigida al legislador, al Ejecutivo o a cualquier otro órgano jurígeno competente para realizar el derecho, garantía o situación constitucional en cuestión.

Por último, digamos que el precepto ha de colocar al órgano en una posición de obligado tal que no le quede otra salida que dictar la norma indicada.

Los mandatos constitucionales pueden ser: completos, indicativos o funcionales. Todos sin embargo deben ser cumplidos.

El mandato completo es determinante en lo temporal y en lo esencial.

El mandato indicativo es determinante en cuanto al tiempo o en cuanto a la esencia.

El mandato funcional es aquel en que las facultades legisferantes son amplísimas e indeterminadas, pueden concretarse en un momento u otro, de esta o aquella forma, según el criterio de oportunidad del órgano.

2 – Conducta omisiva del obligado – Plazos

Una vez identificado el mandato y dadas las condiciones para que se lleve a la práctica, ha de comprobarse el incumplimiento del obligado a normar, sea el legislador o cualquier funcionario competente para hacerlo.

¿Desde cuándo puede considerarse omisiva la conducta del obligado?.

Consideramos que a estos fines se ha de tener en cuenta la determinación del mandato: así un mandato completo sería exigible al cumplirse el plazo o no respetarse el contenido fijo; un mandato indicativo se violaría cuando no se respeta la parte imperativa, sea el tiempo o la esencia; en cambio un mandato funcional sólo estaría incumplido si se dan claramente las condiciones fácticas que requieren su ejecución, análisis imprescindible que dificulta la certeza. Con esta distinción creemos que se hará más sencillo determinar el momento en que una demora deja de ser discrecional para pasar a ser omisiva.

Hay plazos formulados de manera más o menos clara. Hay plazos estrictos (varias disposiciones transitorias), hay otros laxos, que defieren al legislador la evaluación de la oportunidad (juicio por jurados, consulta popular) y otros tan difusos que no se les puede hallar un marco temporal concreto (proveer a la defensa común).

Los plazos estrictos conllevan a reputar inconstitucional la omisión del legislador ni bien se cumplen, los plazos laxos son exigibles cuando los jueces perciben que ya se han dado las condiciones fácticas que requiere el precepto; en cambio en los difusos es difícil evaluar el incumplimiento con lo cual los preceptos que integran son de difícil exigibilidad.

3 – Vulneración de un derecho o garantía
Digamos que, como es lógico, debe afectarse un derecho o garantía otorgados por la Constitución. La discusión se plantearía en cuanto al sujeto perjudicado ¿es individual o colectivo? ¿puede reclamarse basado en el interés general de legalidad? ¿es posible entender que la Constitución entrega un derecho a un sujeto determinado?.
Este tema requiere un enfoque progresista, enfoque basado principalmente en la idea de ampliar el acceso a la jurisdicción. Exigir la subjetividad de la afección es tornar ilusoria la defensa de la Constitución.
Creemos que en lo relativo a la inconstitucionalidad omisiva es preciso admitir la legitimación fundada en la defensa del interés general de legalidad y justicia. ¿Con qué argumentos un juez puede negar el acceso a la jurisdicción de quien plantea que no se cumple la Constitución?. Ella es la piedra basal de nuestro edificio jurídico y nada de ese edificio puede intentar escabullirse a su cumplimiento sin riesgo de provocar el derrumbe.

4 – Magnitud
La afección provocada por la omisión de cumplimiento ha de tener una entidad suficiente, debemos demostrar que redunda en consecuencias prácticas y concretas. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades de esta figura, entendemos que cuando la Constitución da un mandato expreso que se incumple, difícilmente no se verán efectos reales.

5 – Materia sujeta a contralor
Toda omisión sea general, individual; sea del Poder Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial; sea absoluta, relativa o sobreviniente.

El andamiaje necesario.
1 – Acción
Creemos que lo mejor en este aspecto sería consagrar una acción abstracta y directa de inconstitucionalidad.
Después de la reforma constitucional de 1994, la mayoría de la doctrina[9] entiende que el nuevo artículo 43 admite la vía del amparo para el cuestionamiento de las

omisiones inconstitucionales.

2 – Legitimado activamente
En nuestro sistema ideal, el legitimado puede probar tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo, simple o difuso, afectados por la omisión.
Pero el artículo 43 de la Constitución, que hemos aceptado como medio posible para peticionar la declaración de inconstitucionalidad omisiva, requiere la afección personal del accionante en un derecho o garantía propios (derecho subjetivo).
En cambio, respecto de cualquier forma de discriminación (muy habitual en las omisiones relativas) y respecto a los derechos de incidencia colectiva, están legitimados como amparistas: el afectado (en estos derechos siempre se entiende que el interés del afectado puede ser simple o difuso), el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

3 – Tribunal
Nuestro ideal, para todo el control de constitucionalidad, es la institucionalización de un Tribunal Constitucional. Sin embargo sólo se podría llegar a ello mediante una reforma de la Constitución
Habiendo aceptado que la acción de amparo es la más útil a nuestros fines sólo nos resta aclarar que el tribunal competente para entender en ella dependerá del sujeto que omite desarrollar las normas programáticas de la Constitución.

4 – Medidas a adoptar por la sentencia que acoja la pretensión.
4.1 – Omisión de contenido individual
El tribunal debería (si prueba la omisión) librar un mandamiento de ejecución inmediata contra el funcionario omitente (institución ya conocida en el Derecho Constitucional provincial, verbi gratia: Río Negro). En caso de que éste incumpla el mandato el tribunal debería:
– iniciarle proceso penal por desobediencia judicial[10].
– dirigirse a su superior inmediato con el mismo mandamiento incumplido.
– si el incumplimiento persiste, sólo se podría condenar al estado como civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados al accionante.

4.2 – Omisión de contenido general
En este supuesto, nuestra idea de máxima consiste en que el tribunal intime al órgano omitente para que, en un plazo prudente que el tribunal fijará, subsane la omisión. Si el órgano incumple el tribunal deberá primero declarar inconstitucionales con efectos derogatorios erga omnes, todas las normas infraconstitucionales opuestas a la cláusula incumplida y, en segundo lugar, rellenar

la laguna normativa con efectos generales (respecto a todos los casos con identidad fáctica). Pero esta integración se considerará sujeta en su existencia a la condición resolutoria consistente en el dictado de la norma por el órgano competente. Si, pese a todo, no se pudiese dictar la norma por imposibilidad material del tribunal para operativizar la norma programática, la sentencia deberá resolverse por la condena al Estado a indemnizar por daños y perjuicios a los afectados, sean individuos o comunidad.
Creemos que en el mismo acto, previo a resolver la integración o la indemnización, el tribunal debe emitir en la sentencia una declaración formal de inconstitucionalidad del comportamiento del órgano incumplente, como forma de llamar la atención de la comunidad respecto de sus representantes y como necesario correlato de la sanción penal que proponemos para el funcionario rebelde.
En el campo de lo posible todo lo propuesto puede hacerse, sólo que los efectos deberán ser limitados al caso resuelto. La indemnización, por tratarse de una afección general, deberá ser destinada por el juez cómo crea más conveniente.

4.3 – Omisión relativa
Si la norma está dictada pero incluye a algunos grupos y a otros no, la solución es similar a la vista en cuanto a las omisiones de contenido general, pero el efecto de la sentencia, en caso de incumplimiento del intimado, será no dictar la norma sino modificarla para extender sus efectos asegurando el principio de igualdad.

4.4 – Omisión por desfase
Aquí la solución también es similar pero el efecto ante el incumplimiento consistirá en actualizar la parte desfasada de la norma para adecuarla a la realidad actual, como correcto desarrollo de la cláusula programática a la que anteriormente respondía.

Proyecto normativo
Nos tomaremos el atrevimiento de proponer una norma que podría legalmente consagrarse (como reglamentación de los artículos 16, 43 y 75 incisos 12 y 23) para dotar de andamiento efectivo al instituto que defendemos. Pero aclaremos que, en el estado actual de desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, no es necesaria una norma legal para que los jueces amplíen su control de constitucionalidad a las omisiones de los poderes públicos.
Vamos a los cuatro artículos en que hemos dividido nuestro proyecto:
* Todos los derechos y garantías que la Constitución reconoce a los habitantes, son directamente operativos y la omisión de cualquier medida necesaria para permitir

su funcionamiento es inconstitucional. Todo instituto establecido por una norma constitucional ha de conformarse dentro de un plazo prudente; si el órgano obligado a constituirlo no lo hace incurre en inconstitucionalidad por omisión.
* Si un funcionario administrativo omitiese los actos necesarios para el ejercicio de un derecho o una garantía, cualquier persona, con un derecho subjetivo, un interés legítimo, simple o difuso afectados, podrá promover acción de amparo para que el juez, una vez probada la omisión, libre mandamiento de ejecución inmediata al funcionario.
Si éste incumpliese el mandato, el juez remitirá autos al fiscal de instrucción penal para que inicie el procesamiento del rebelde. Luego dirigirá la orden al superior inmediato del incumplente y así sucesivamente hasta llegar a la cabeza del poder respectivo. Si en esta instancia el incumplimiento de la orden judicial persistiese el juez condenará al Estado a indemnizar el daño probado, sea a los individuos afectados o a la comunidad.
* Si por razones prácticas fuera necesario un desarrollo normativo y el órgano compelido a hacerlo no cumpliese dentro de un plazo prudente, toda persona tiene derecho a promover acción de amparo para que se declare inconstitucional dicha omisión y se intime al órgano a dictar la norma en un plazo que el juez le fijará.
Si el intimado no cumpliese, el juez procederá a declarar formalmente la inconstitucionalidad de su comportamiento, para luego declarar inconstitucionales con efectos derogatorios para el caso, todas las normas infraconstitucionales opuestas al precepto superior no reglamentado, entonces integrará el orden normativo con efectos relativos al caso y condicionados resolutoriamente en su existencia al dictado de la norma respectiva por el órgano competente.
Si no fuese factible la integración normativa por el juez debido a circunstancias prácticas, se condenará al Estado a indemnizar el daño probado, a la comunidad o a los individuos afectados.
* Si la norma infraconstitucional existiese, pero no desarrollase la norma constitucional con la amplitud con que debía hacerlo debido a detalles materiales, los jueces podrán, incluso de oficio, modificar la norma para darle la extensión y adecuación a la realidad que la norma constitucional programara, quedando sujeta la norma a la condición resolutoria del artículo anterior.

EPÍLOGO

A lo largo de nuestra argumentación ha quedado demostrado el incumplimiento en que incurren los poderes constituidos respecto de los compromisos que, en su nombre, asumió el poder constituyente. Y aquí vemos un primer esbozo de respuesta: no es jurídicamente lógico que los poderes constituidos desoigan al

poder constituyente, en todo sistema normativo ha de primar la voluntad original de la Nación al constituir el Estado, por sobre la voluntad coyuntural de las generaciones al tomar decisiones de gobierno.
Hemos visto también que, si la Constitución impera, es necesario que cada una de sus expresiones se realice. Esto es consecuencia natural de vivir en un Estado Constitucional de Derecho.
Por eso hemos trabajado este tema, por eso proponemos la institucionalización de la inconstitucionalidad omisiva como herramienta simple y contundente, para que haya quienes escuchen y tomen el compromiso de hacernos, por una vez, prósperos en realidades y no sólo en promesas.
Sin embargo, en este apocalipsis de la constitucionalidad en que vivimos, todo esto queda en meras expresiones de deseos. Quienes nos gobiernan parecen haber olvidado que ellos mismos son gobernados por la Constitución y que ella es la encarnación del volksgeist, que no olvida y que, tarde o temprano, a todos nos demandará lo que no hemos hecho. Hay una memoria constitucional mucho más poderosa que el olvido institucional, una memoria de lo que el pueblo espera, una memoria a la cual no hay tiempo, ni abandono, ni perjurio, ni cansancio que pueda vencerla.

[1] HAMILTON, Alexander, El Federalista (The Federalist; a commentary on the Constitution of the United States), Capítulo LXXVIII, traducción de Gustavo R. Velasco (1780; México, D.F, editorial: Fondo de Cultura Económica, 1994), página 334.
[2] PAINE, Tom, S.N.T., citado por: BRADLEY, A.W. y EWING, K.D., “Constitutional and administrative law”, (la traducción nos pertenece), (Londres, editorial: Addison Wesley Longman Limited, 1997), edición: Duodécima edición, página 5.
[3] ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, (Buenos Aires, editorial: Tor, 1948), Capítulo XXXIV, página 147.
[4] LUNA, Félix, “Yrigoyen” (Buenos Aires, editorial: Hyspamérica, 1986), página 192.
[5] Leandro Alem.
[6] Feliz expresión de Kantorowicz.
[7] HAMILTON, Alexander, opus citata, página 332.
[8] Constitución Nacional Artículo 16
[9] Bidart Campos, Quiroga Lavié, Bazán.
[10] Artículo 239 del Código Penal.

GÉNESIS Y APOCALIPSIS DE LAS PROMESAS CONSTITUCIONALES. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho argentino de fin de siglo