La Constitución es Cenicienta, la chica sexy que el legislador olvida

DEJEMOS DE SER LA CENICIENTA DEL CONGRESO

Compartimos íntegro un viejo trabajo que hicimos en 1998. Algunas porciones del mismo ya fueron difundidas independientemente por distintos medios y en distintos artículos.
Se centra en combatir la inconstitucionalidad por omisión, el incumplimiento por parte de los poderes constituidos de las órdenes dadas por el poder constituyente.
Pedimos disculpas por las imperfecciones (propias de un aprendiz), y por la desactualización de algunas afirmaciones (el tiempo pasa implacable, también para el Derecho Constitucional).
La idea que le da título al trabajo es de Kantorowicz, quien planteaba que la justicia (hoy preferimos decir 'el derecho') debe abandonar el papel de Cenicienta del legislador, para pasar a reinar como si ya se hubiese puesto los zapatitos.
Seguimos deseando ese momento.

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

Génesis. PRÓLOGO.
En el origen 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.
Sin duda hubo quienes nos engañaron descaradamente y nos prometieron un futuro que sabían que no se cumpliría, pero creemos que la mayoría de nuestros convencionales, reunidos en las viejas pulperías santafesinas, querían para ellos, para su posteridad y para todos los hombres del mundo (no sólo para los que quisieran habitar suelo argentino), una realidad mejor que la que habían vivido, y por eso nos la auguraron en el texto constitucional. Y no sólo ellos lo deseaban sino todo el pueblo que se expresó, de una u otra manera, en cada Convención.
Pero hoy sentimos que fue todo una utopía frustrada, sentimos que nos prometieron un oasis y sin embargo sólo vemos desierto.
"Constituir la unión nacional... afianzar la justicia... consolidar la paz interior...

proveer a la defensa común… promover el bienestar general… asegurar los beneficios de la libertad… enseñar y aprender… retribución justa… participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección… el estado otorgará los beneficios de la seguridad social integral… todos los habitantes son iguales ante la ley… las cárceles serán sanas y limpias… las acciones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios… esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia… igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres… derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano… los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección…"

Y esto es el génesis, el comienzo de años de búsquedas, avances y retrocesos, derrotas, victorias, incertidumbres, en lo político, en lo económico, en lo social. Esta Constitución que tenemos podría ser mejor, pero así, tal cual, es nuestra. De una extraña manera esta Ley de leyes está en el principio de la historia, en el génesis de la Argentina, y no sólo para el abogado que busca la verdad y la justicia, no sólo para el gobernante que maneja los hilos de la historia actual, esta Constitución es también el génesis del que canta borracho en las tribunas, del que pide humillado por las calles, del que roba y mata cruelmente, del que vota y aún no quiere creer cuando le dicen que todos mienten.

¿Quién no siente dolor al pensar que la mayoría de las promesas constitucionales no se han cumplido? ¿Y los hombres y mujeres del derecho no sienten la necesidad de hacer algo? ¿No es terrible darse cuenta que tenemos un país tan rico en promesas y tan pobre en realidades?. El desafío ineludible del jurista de hoy consiste en instrumentar los medios necesarios para que estos juramentos se materialicen.

¿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 desidiosamente 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.
Esto es sólo una monografía, un pequeño trabajo de estudiantes, a los profesionales les tocará encontrar respuestas, nosotros sólo tenemos preguntas y la principal es ¿qué hacer frente al olvido institucional de la Constitución?. Con esta pregunta y muchas ansias nos adentraremos en este trabajo, para, aunque sea, no sentir que con nuestra indiferencia estamos también fomentando que nos olviden.
Plan de esta obra.
Analizaremos tres temas fundamentales e inescindiblemente unidos que nos llevarán a intuir algunas soluciones prácticas al problema que planteamos. Primeramente el control de constitucionalidad, luego el recurso extraordinario y por último la llamada inconstitucionalidad por omisión.
Queremos pedir anticipadas disculpas si nuestra juventud e inexperiencia nos hacen incurrir en excesos, de ideas y de páginas. Sepan entender quienes llevan años en las luchas del derecho que, en este momento de nuestra formación, el ideal de justicia nos persigue como fuego, y nos falta la moderación que sin duda dan la práctica real de los principios y ¿por qué no? las decepciones.
Título UNO – Del control de constitucionalidad
Capítulo I: Ideas Preliminares e Imprescindibles
1 – La idea del Ordenamiento Jurídico en Kelsen
Según el esquema kelseniano podemos decir que todo el conjunto de normas de un determinado orden jurídico no es una mera superposición, sino un todo íntegro, vinculado por relaciones de fundamentación y derivación. Un conjunto de normas constituye un ordenamiento cuando la razón de ser o validez de todas ellas proviene de una sola norma, sobre la cual todas las otras se apoyan, constituyéndose así en la norma fundamental, basal.
Distinguimos también dentro de este ordenamiento dos grandes grupos de normas, dos sub-ordenamientos:

a) Ordenamiento estático material: la validez de la norma deviene de que su contenido coincide con el de la norma fundamental.

b) Ordenamiento dinámico material: la validez descansa en que la norma ha sido creada siguiendo las reglas fijadas por la norma fundamental.

Para expresar esto Kelsen nos ha enseñado (y Merkl ha graficado) la idea de la pirámide jurídica, que es (quizás demasiado) ampliamente conocida. En ese ordenamiento piramidal se cumplen las relaciones de creación y aplicación por las cuales los estamentos inferiores deben respetar a los superiores y todo el conjunto

se debe subordinar a la Constitución. Cuando esta relación de derivación se interrumpe surge la antijuridicidad. Por lo tanto, si una ley contradice a una norma jerárquicamente superior surge la ilegalidad y si se opone a la Constitución, norma basal del sistema, denominamos a este vicio inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad.

2 – La imperiosa coherencia

Transitando desde abajo hacia arriba la pirámide, nos encontramos con la cúspide de la pirámide de Kelsen, que no puede ser tocada si no es por el órgano constituyente y sólo mediante esta intangibilidad podemos preservar la coherencia del ordenamiento. Si no hubiese normas supremas, de las cuales todas las demás fueran derivación, no se podría construir un ordenamiento lógico, razonable. La Constitución ha de ser preservada como regla procedimental y como norma sustantiva.

“En último término, debemos obedecer las decisiones de un juez o un órgano administrativo, porque debemos obedecer la Constitución. Si nos preguntamos por qué debemos obedecer las normas de una Constitución vigente, es posible que tengamos que remontarnos a una Constitución más antigua que ha sido sustituida de modo constitucional por la presente Constitución. Y remontándonos en el tiempo llegamos por fin a la primera Constitución de la Historia.”[i]

Así llegamos a la idea de “Supremacía Constitucional” según la cual “la Constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella.”[ii]

El mismo Bidart nos dice que: “La Constitución está en el techo del ordenamiento y tiene que filtrarse con consecuencias prácticas a todos los resquicios de ese ordenamiento, a todos, no hay ninguno que se pueda evadir.”[iii]

Para asegurar esta supremacía de la Carta Magna es necesario establecer un sistema de vigilancia jurídica al que denominamos control de constitucionalidad.

“La fuerza normativa de la Constitución no quiere decir que se va a hacer efectiva si no hay resortes que hagan operar, funcionar y aplicar la Constitución, y que corrijan todos los desvíos, todas las violaciones, que las eviten, que las sancionen y que, cuando se hayan producido, las reparen.”[iv]

3 – La propuesta de Kelsen

Para realizar este control que el maestro austríaco consideró indispensable en su programa, propuso un régimen concentrado de revisión de constitucionalidad, centralizado en un “Tribunal Constitucional” que operase como órgano extrapoder (fuera de los tres poderes clásicos), ya que sostenía, acertadamente, que la tarea de nulificar los actos contrarios a la Constitución no puede ser confiada al órgano que dictó el acto, que puede ser cualquiera de los tres poderes clásicos.

Kelsen enuncia varias ideas directrices:
3.1 – No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no puede fallar con efectos erga omnes, e incluso derogar la norma inválida.
3.2 – Éste es un enorme compromiso institucional que no puede otorgarse a ninguno de los tres poderes y por tanto ha de constituirse un cuerpo independiente, situado a mitad de camino entre el Poder Legislativo y el Judicial.
3.3 – Este órgano ha de integrarse con magistrados designados con participación del Poder Legislativo y por períodos limitados. Esto se funda en que el maestro entendía que su Tribunal Constitucional debía guardar una cierta correspondencia con los cambios políticos operados en la sociedad[v].
3.4 – Es imprescindible un cuerpo especializado como garantía de capacidad de sus miembros. Se busca una suerte de mentalidad constitucionalista.
3.5 – Cumplida esta organización los jueces pertenecientes al Poder Judicial no resuelven los aspectos constitucionales de ningún caso, sino que lo remiten al Tribunal Constitucional.
Ante la crítica que más comúnmente se le formulara, basada en que la declaración de inconstitucionalidad es una forma de violar la separación de poderes, Kelsen respondía que si bien su Tribunal Constitucional era una suerte de 'legislador negativo', debía entenderse que ningún órgano es soberano, soberana sólo es la estructura completa del Estado y que la legislación, los actos administrativos y la función judicial están sujetos por igual al imperio de la Constitución.
Capítulo II: Distintos Sistemas
A lo largo de este capítulo seguiremos principalmente al maestro Sagüés a cuya obra remitimos[vi], aunque advertimos que las opiniones que verteremos nos pertenecen.
1 – Requisitos indispensables en un sistema ideal. Nuestra propuesta.
1.1 – Constitución rígida: las constituciones flexibles, como sabemos, son aquellas que se estructuran mediante leyes, no hay un Poder Constituyente distinto del poder constituido; son ejemplos típicos los países del common law. Aquí no se puede analizar si una ley es inconstitucional ya que toda ley es constitucional. Por ello únicamente los ordenamientos con constituciones rígidas, sólo modificables por un Poder Constituyente y/o por un procedimiento especial[vii], son susceptibles de generar leyes viciadas de inconstitucionalidad y, por ende, estos ordenamientos necesitan de un control.
1.2 – Órgano de control independiente del órgano controlado, y especializado en la materia constitucional: no creemos que un sistema de autocontrol sea efectivo pues, como reza el dicho, "no se puede ser juez y parte". Por ello desconfiamos de regímenes donde el Poder Legislativo controle la constitucionalidad de las leyes o el

Ejecutivo la de los actos administrativos, e incluso dudamos de la independencia del Poder Judicial a la hora de revisar la constitucionalidad de las sentencias. Por todo esto nos inclinamos por la idea de un órgano extrapoder. Pero también creemos fundamental la especialidad de este órgano, concordando con las ideas de Kelsen ya expuestas.

1.3 – Facultades decisorias del órgano de control: de nada sirve un control que culmine en recomendaciones, advertencias, sugerencias. Hasta tal punto es incomprensible un sistema así que el diccionario de la Real Academia Española da como definiciones del vocablo "control" las siguientes: "1.Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. | 2.Dominio, mando, preponderancia."[viii]. La sinonimia empleada nos da idea de poder, de facultades de decisión, no de meros consejos.

Si no otorgamos capacidad de intervención efectiva al órgano controlador nunca tendremos vigor ni efectividad suficientes para evitar la inconstitucionalidad. Este requisito, ya enunciado por Kelsen, nos conduce inevitablemente a reclamar efectos erga omnes para las sentencias declarativas de inconstitucionalidad.

1.4 – Amplio acceso a la jurisdicción: es imprescindible que todo lesionado en un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple pueda tener derecho a reclamar e impulsar el control. Dudamos de la utilidad de sistemas donde los legitimados activamente para reclamar que se controle son entidades taxativamente enumeradas.

1.5 – Sometimiento de todo el mundo jurídico al control: normas, actos y omisiones, del Estado y de los particulares, deben ser susceptibles de control pues son susceptibles de inconstitucionalidad. Si admitimos que algunas áreas estén exentas de inspección (cuestiones no judiciables) estamos admitiendo que no hay una Supremacía Constitucional absoluta.

2 – Derecho comparado

Vamos a exponer ahora los distintos mecanismos de control que se observan en el Derecho Comparado, aunque algunos sigan y otros no los que hemos señalado como requisitos básicos.

2.1 – Según la admisión

A) Positivos: explícitamente en el texto constitucional, o tácitamente en el Derecho Constitucional consuetudinario, admiten la existencia de control.

Sagüés[ix] diferencia dentro de esta categoría los sistemas completos, que cumplen los cinco requisitos que apuntamos sub 1, de los incompletos, que no los cumplen a todos, aclarando que la mayoría de los sistemas son incompletos.

B) Negativos: no admiten el control de constitucionalidad pese a tener necesidad de él por ser su Constitución del tipo rígido[x].

2.2 – Según los órganos de control
A) Judiciales (o con fisonomía judicial): el control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Esta variante se subdivide en tres:
a) Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad.[xi]
b) Concentrado (o especializado): es el sistema ideado por Kelsen que resumimos anteriormente[xii]. Algunos países la han implementado exactamente como él propuso[xiii]; otros ubicaron al Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial[xiv]. Otros países quedaron a mitad de camino otorgando la función del Tribunal Constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema[xv] o a una sala de ella llamándola "Sala Constitucional"[xvi].
c) Mixto: intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado[xvii]. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (Presidente, Fiscal General) van directamente al Tribunal Constitucional cuya sentencia será erga omnes. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
B) No judiciales: En algunos países la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes. Veamos:
a) Poder Legislativo: Es el mismo Parlamento quien controla[xviii], o él a través de un órgano suyo[xix]. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del "centralismo democrático" donde el órgano más representativo del pueblo (Poder Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.
b) Poder Ejecutivo: normalmente el Ejecutivo puede vetar cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de constitucionalidad propio suyo. Pero también ha existido algún sistema donde era el Ejecutivo el órgano de control frente al cuestionamiento[xx].
c) Electorado: se han estructurado algunos sistemas bajo la idea de la democracia directa en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no con los lineamientos constitucionales. Un sistema[xxi], denominado "apelación popular de sentencias", prevé que cuando el Superior Tribunal declara inconstitucional una norma, el 5% del electorado puede exigir que se someta a referéndum la decisión del tribunal. Otro[xxii] ha previsto que mediante consulta popular se derogue una ley por considerarla inconstitucional.

C) Órganos sui generis
Incluiremos bajo este acápite a órganos que, o no se estructuran como tribunales, o su forma de integración es especial, o fundan el control en principios extrajurídicos, o su método de control es novedoso.
a) El Consejo de la Revolución portugués[xxiii]: estuvo integrado por el Presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas. Podía declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes. Tenía también a su cargo el control de la inconstitucionalidad por omisión, por ello lo veremos infra[xxiv].
b) El Consejo de los Custodios iraní[xxv]: está conformado por seis teólogos designados por el Ayatollah y seis juristas musulmanes. Antes de la sanción controlan los proyectos de ley comparándolos con los principios sociorreligiosos del Islam y con la Constitución.
c) El Consejo Constitucional francés: inscripto dentro de los sistemas de control especializado, preventivo, abstracto y limitado[xxvi].
Lo componen todos los ex-presidentes de la República y nueve miembros más: tres designados por el presidente, tres por el presidente del Senado y tres por el de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados)[xxvii]. Alguna doctrina francesa critica, creemos que con acierto, la integración del instituto: “¡Qué composición a priori absurda! La institución debe ser independiente del poder político: sus miembros son nombrados por las autoridades más políticas que hay. La institución debe tener una legitimidad indiscutible: sus miembros proceden de una elección puramente discrecional.”[xxviii]
Además vela por la regularidad de la elección de Presidente de la República y actúa como tribunal electoral respecto al escrutinio de esta elección[xxix]; con respecto a la elección de diputados y senadores sólo actúa en caso de apelación[xxx]; asimismo vela por los referendos y proclama sus resultados[xxxi].
d) El Tribunal de Garantías Constitucionales ecuatoriano[xxxii]: se compone de once miembros, tres designados directamente por el Congreso y ocho elegidos por el Congreso entre ocho ternas enviadas por las centrales nacionales de trabajadores, cámaras de la producción, presidente de la República, alcaldes cantonales, prefectos provinciales, etcétera. Puede suspender los efectos de las leyes, decretos y ordenanzas que considere inconstitucionales pero sometiéndose a la decisión definitiva del Congreso Nacional.
2.3 – Según los límites estatales
A) Nacional: los órganos del control son órganos propios del Estado controlado.
B) Internacional: los países firmantes de ciertos convenios internacionales[xxxiii] se han sometido a la jurisdicción de ciertos tribunales supranacionales[xxxiv] que pueden desvirtuar lo sentenciado por el Poder Judicial Nacional, pues sus sentencias

definitivas son obligatorias para los estados[xxxv]. Y así puede ocurrir cuando derechos consagrados en la Constitución están también resguardados por el tratado, esto adquiere características de importancia en Argentina tras la reforma de 1994.

2.4 – Según la formación de los jueces

A) Letrados: en la mayoría de los sistemas. Algunas constituciones con sistema concentrado exigen una altísima formación profesional[xxxvi], lo que, sin duda, redunda en beneficio de la independencia y capacidad de los magistrados.

B) Legos: en algunos sistemas se admite que los jueces legos (no abogados) realicen el control en las jurisdicciones donde no hay jueces letrados.

C) Mixtos: otros regímenes mezclan juristas con legos[xxxvii]. Algunos lo hacen en búsqueda de mayor conciencia social de los jueces[xxxviii], otros para lograr especialistas en otra materia considerada de importancia[xxxix].

2.5 – Según el momento

A) Preventivo: el control se efectúa antes de la sanción de la ley, sobre el proyecto. O bien, sobre la ley pero antes de su promulgación. En el caso del Consejo Constitucional Francés el control es preventivo, se ejerce antes de la promulgación. En algunos casos obligatoriamente (leyes orgánicas, reglamentos de las cámaras) y en los demás casos, sólo a petición de parte, siendo los únicos legitimados el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.[xl]

B) Reparador: después de que la norma entró en vigencia[xli].

C) Mixto: Se puede controlar antes y después de que la norma se sancione. En algún sistema[xlii] el presidente de la República puede reclamar al Tribunal Supremo el control de un proyecto, si esto no ocurrió, el tribunal puede controlar la norma reparadoramente. Otro[xliii] da el control preventivo al Tribunal Constitucional y el reparador a la Corte Suprema.

2.6 – Según el modo de impugnación

A) Abstracto: el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional. Aquí se utilizan las acciones populares o las acciones declarativas puras (o abstractas) de inconstitucionalidad[xliv].

B) Concreto: está legitimado únicamente cuando hay una relación jurídica donde alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple. Las vías de acceso a la jurisdicción son diversas: acción declarativa concreta de inconstitucionalidad, acción de amparo, demanda incidental, juicio ejecutivo o sumario, etc.

2.7 – Según la posibilidad de acceso

A) Condicionado: hay un órgano preseleccionador de los casos que llegarán al

órgano controlador de la constitucionalidad[xlv].
B) Incondicionado: todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas[xlvi].
2.8 – Según los sujetos legitimados
A) Restringido: sólo los sujetos taxativamente enumerados pueden excitar el control. Así en Francia donde los legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores[xlvii].
B) Amplio: está legitimado todo aquél que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional[xlviii].
C) Amplísimo: está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada[xlix].
2.9 – Según la cobertura
A) Total: todo acto, ley y omisión, del Estado y de los particulares, están sujetos al control.
B) Parcial: sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control[l].
2.10 – Según la facultad de decisión
A) Decisorios: el controlador invalida la norma. Hay tres variantes:
a) Inter partes: sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia[li].
b) Erga omnes: todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional[lii]. Otra posibilidad es que la norma embrionaria quede preventivamente abolida, con efectos absolutos, e incluso sin recurso alguno contra la decisión, como en Francia[liii].
c) Intermedio: El Tribunal Constitucional puede merituar el caso y decidir inter partes aut erga omnes[liv].
B) No decisorios: en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos que no invalidan la norma cuestionada sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).
2.11 – Según la temporalidad de los efectos:
A) Ex nunc: los efectos no son retroactivos[lv].
B) Ex tunc: los efectos son retroactivos[lvi].
3 – Resumen esquemático
Para graficar mejor lo expuesto en el punto anterior proponemos el siguiente cuadro:
Capítulo III: El Control de Constitucionalidad Federal en la Argentina.
1 – El Ordenamiento Jurídico Argentino o La pirámide que se acható.
La pirámide kelseniana en la Argentina podría hoy contornearse así:
En nuestro país desde el 22 de agosto de 1994, tal como se muestra en el esquema

propuesto, “se ha producido un achatamiento de la pirámide” según la ingeniosa expresión de Cafferata Nores[lvii]. Esto trae diversos reacomodamientos que resumiremos muy brevemente:
a) Claramente influido por los contundentes argumentos del doctor Bidart Campos, el constituyente contradice expresamente la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantenida hasta 1992 y pone en un lugar preponderante a los tratados y concordatos internacionales por sobre las leyes nacionales (artículo75, inc.22, 1º párrafo).
b) Las normas de derecho comunitario obtienen también jerarquía supralegal (artículo 75, inc.24, 1º párrafo in fine).
c) La más importante y sorprendente innovación consiste en la inclusión en nuestro derecho de la idea de “jerarquía constitucional” la que se otorga exclusivamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos (los 11 enumerados en el artículo 75, inc. 22, 2º párrafo y los que, siguiendo el procedimiento especial previsto en el 3º párrafo, el congreso eleve a esta jerarquía).
Podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que desde la reforma constitucional de 1994, ya no hay una cúspide piramidal ocupada por la Constitución Nacional, sino compartida promiscuamente con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ello consideramos acertado el esquema que propusimos supra.
Pero debemos advertir que la igualdad de jerarquía entre la Constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos es meramente material (idéntico poder, idéntica influencia sobre el ordenamiento); no hay igualdad formal, ya que los tratados pueden ser denunciados por los poderes constituidos[lviii], mientras que la Constitución sólo puede ser modificada con un trámite especial por un Poder Constituyente.
2 – Consecuencias para el control de constitucionalidad
Estas modificaciones influyen notablemente sobre el control. Nos permitiremos señalar aquí algunas conclusiones:
a) Es dable entender, que las normas pueden ser inconstitucionales no sólo por oponerse a la Constitución Nacional sino también por enfrentarse con los tratados que gozan de su jerarquía.
b) Al decir el artículo 75, inc.22 que los tratados internacionales con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” queda claro que no se podrán declarar inconstitucionales normas de la Constitución que parezcan opuestas a estos instrumentos, y viceversa. “Toda aparente oposición ha de superarse a tenor de una interpretación armonizante y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que, en su aplicación, rinda resultado más favorable para el sistema de derechos…”[lix]

3 – La Supremacía Constitucional. La cúspide intangible.
La superlegalidad de la Constitución implica que todo acto de los poderes constituidos se debe ajustar a ella y, tal como hemos adelantado, a los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.
Sabemos que nuestra Constitución es escrita y rígida, lo que implica que la reforma sólo puede hacerse mediante un órgano peculiar convocado especialmente a estos efectos. Todo acto de los poderes constituidos contrario a lo que la Constitución fija contiene una reforma inconstitucional a la Constitución, una reforma de facto, una violación manifiesta que conlleva una modificación tácita. Como dice Germán Bidart Campos "si tales actos valieran, se frustraría el sentido del tipo constitucional escrito y rígido. Por consiguiente, para salvar incólume a la Constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse privados de validez."[lx]
Así lo entendió Hamilton, que decía: "La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta."[lxi]
4 – El control de constitucionalidad federal argentino. En las huellas de "Marbury versus Madison".
Sin duda que cuando defendemos la intangibilidad de la cúspide del ordenamiento debemos establecer las herramientas por las cuales vamos a garantizar esta intangibilidad. Y si decimos que los actos opuestos a la Constitución no existen jurídicamente, debemos hallar una forma de declarar esa invalidez de forma tal que se defienda y restaure la supremacía de la Constitución violada.
La doctrina habla indistintamente de 'control constitucional' y de 'revisión constitucional'; nosotros, a falta de mejores términos (como sería por ejemplo vigilancia constitucional), preferimos utilizar 'control constitucional' que da una idea más imperativa que 'revisión'.
No hay norma constitucional en la Argentina que explícitamente prevea la atribución judicial de verificar la coherencia de las normas y actos con la Constitución nacional, así como tampoco la hay en los Estados Unidos de Norteamérica. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, influida por la Corte Estadounidense, tomó el famoso caso "Marbury versus Madison"[lxii] de 1803

como leading case estableciendo el control judicial constitucional pretorianamente. Hasta tal punto fue nuestra Corte influenciada por su par norteamericana que no fundamentó extensivamente dando como lógica y aceptada unánimemente su facultad de contralor. En ese momento el Procurador General de la Corte, el doctor Eduardo Costa, llegaba a decir: “Estando de perfecto acuerdo la doctrina establecida por esta Corte con la que rige para la Corte americana, no veo la necesidad de investigar…”[lxiii]

¿Qué se dijo en Estados Unidos de Norteamérica para convencer de tal forma a nuestros magistrados? Baste una cita del fallo donde el juez Marshall expone sus argumentos: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza… Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? o bien, en otras palabras, no siendo ley ¿constituye una norma operativa como una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí, el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.”[lxiv]

Convencida por estos lúcidos e impactantes argumentos, nuestra Corte, el 5 de diciembre de 1865, se limitó a decir que “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y

fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.”[lxv]
En “Sojo” dijo: “El palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el palladium de la libertad es la Constitución, esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa, debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal.”[lxvi]
Similar postura tuvo la Corte en casos anteriores, aunque no había definido tan claramente su papel: en 1863 “Ríos”[lxvii] y en 1864 “Calvete”[lxviii]. Hubo más adelante varios fallos que reportan interés, sólo mencionaremos “Mendoza”[lxix], “Viuda de Elortondo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”[lxx] y “Horta c/ Harguindeguy”[lxxi], inter alteros.
Capítulo IV: Características federales argentinas y cuatro trampas a sortear.
1 – Generalidades
Para exponer los caracteres definitorios de nuestro sistema de control constitucional seguiremos a grandes rasgos a los Dres. Vanossi y Ubertone[lxxii] así como al doctor Sagüés[lxxiii].
a) Es un sistema judicial, ya que el control es ejercido por el Poder Judicial
b) Es un sistema difuso, todos los jueces, de todos los tribunales, están obligados a declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos que se presenten ante ellos, y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la cual reiteradamente[lxxiv] se ha autocalificado como “tribunal de garantías constitucionales”[lxxv]. En este sentido también se pronunció el primer secretario de nuestro máximo tribunal: “Es la Corte Suprema que con la Justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales y provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades.”[lxxvi]
c) Es fundamentalmente letrado, pero en las jurisdicciones donde los jueces son legos también deben realizar el control.
d) Es permanente, pues los órganos de control tienen funcionamiento continuo.
e) Es concreto en cuanto a que debe haber un perjuicio. No podría juzgarse en un caso abstracto o donde haya desaparecido la causa de la controversia, aplicando la doctrina del moot case (caso mudo) o mootness (mudez).[lxxvii]
f) Es contencioso: debe existir un proceso judicial. Más adelante veremos esto en profundidad.

g) Se sentencia respetando las reglas de competencia jurisdiccional, un juez solamente puede declarar la inconstitucionalidad en las causas en que le toque conocer por razón de la materia, lugar, personas, etc.. Esto se desprende del sistema difuso.
h) Es primordialmente realizado a pedido de parte. Esto lo desarrollaremos más adelante.
i) La legitimación es amplia: partes de un proceso afectadas en sus derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples. Es amplísima en el habeas corpus y en el amparo del nuevo artículo 43. Más adelante retomaremos este punto.
j) La materia controlable es amplísima: incluye tanto normas, de cualquier índole, como actos públicos y privados. Infra trataremos esta cuestión in extenso.
k) Los tribunales, en principio, no pueden controlar las denominadas “cuestiones políticas no judiciables” o “actos de gobierno” considerando tales a las emanadas de facultades privativas de los poderes.
l) En nuestro sistema, los efectos de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad se producen únicamente inter partes, para el caso concreto y no erga omnes. También este tema lo desarrollaremos en profundidad más adelante.
m) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sólo afectan a la parte cuestionada de la norma, siempre que sea escindible del resto.
n) Es reparador. El control general se realiza ex post facto. Salvo en el caso del habeas corpus donde se podría hablar de un control preventivo.
ñ) Es decisorio. Las resoluciones destinadas a impedir la continuidad de un acto inconstitucional son obligatorias, con la salvedad hecha en el punto l). Incluso la Corte ha recurrido a las sanciones contra los renuentes.
o) Hay posibilidad de control internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
p) Los efectos son ex tunc (retroactivos) y restitutivos o reparadores. El juez ha de resolver la causa como si la norma no existiera[lxxviii]. A ser posible se volverán las cosas a su estado anterior, de lo contrario habrá de repararse económicamente al damnificado.

2 – Puntos Destacables

2.1 – El control ¿a pedido de quién?

Para un sector de la doctrina “los jueces ejercen el control de constitucionalidad a pedido de las partes interesadas o afectadas por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad”[lxxix]. Esta es la postura mayoritaria y principalmente seguida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación. Sólo se habilita el control de constitucionalidad si las partes solicitaron que el control se efectúe.
Pero otra opinión doctrinaria sostiene que “la función jurisdiccional no debe actuar de oficio, sino en una causa, es decir, en un caso concreto que se someta a un tribunal. Pero lo que no aceptamos es que, abierta la instancia judicial, promovida la acción, el juez no pueda de oficio realizar un acto tan eminente e insoslayable de su función jurisdiccional, como lo es el control de constitucionalidad… discrepamos con quienes sostienen la ampliación de la significación ‘causa’, a la necesidad de petición de parte dentro de la misma.”[lxxx] Similares conceptos vierte el doctor Bidart Campos sosteniendo que “la cuestión de constitucionalidad no es una cuestión de hecho sino de derecho. (…) el control de constitucionalidad de normas y actos que están implicados en el derecho aplicables a la causa, debe ser efectuado por el juez en la misma causa sin necesidad de petitorio de parte interesada.”[lxxxi] Y en otra parte: “Cuando hay una cuestión constitucional en un proceso judicial, esa cuestión constitucional no puede evadir la decisión del juez.”[lxxxii]
Esta postura fue defendida con brillantez por el voto en disidencia de los doctores Belluscio y Fayt en un importante fallo[lxxxiii] donde sostuvieron: “es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de causa concreta (…) mas de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan erróneamente -trasuntado en el antiguo adagio iura curia novit- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (artículo 31) aplicando en caso de colisión de normas, la de mayor rango inferior (…) facultad ésta que corresponde a los jueces de cualquier fuero, jurisdicción o jerarquía, nacionales o provinciales, (…) que por estar involucrada en el deber de aplicar el derecho vigente, no puede estar supeditada al requerimiento de las partes.”
Nos parece que el argumento de los disidentes es contundente: es el juez quien debe aplicar el derecho y, en primerísimo lugar, la Constitución. No se puede sostener que las partes (mediante su silencio, a veces fundado en mezquinos intereses individuales) limiten la apreciación del derecho por el juez, idea que no toleraríamos ni siquiera en un arbitraje. Así mismo es insostenible que el juez esté obligado a aplicar una norma o a validar un acto que se muestra a sus ojos como opuesto a la norma primordial, sólo porque los justiciables no han pedido expresamente su inspección.
Lo expuesto en estos párrafos constituye para nosotros la primera trampa de varias

que hallamos en nuestro sistema, que tienden a limitar la supremacía absoluta de la Constitución.

2.2 – La materia controlable

Como principio general podemos decir que “pueden ser objeto de control normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales como de particulares, sean los órganos estatales del Gobierno Nacional o de Gobiernos Provinciales, en uno u otro caso integrantes de cualquiera de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y judicial.”[lxxxiv]

Siguiendo a Bidart Campos[lxxxv] dividiremos en tres sectores los asuntos sometidos a control de constitucionalidad:

a) actividad del poder estatal: constituciones provinciales; leyes; tratados internacionales sin jerarquía constitucional; decretos, reglamentos y actos administrativos de carácter general; los actos administrativos particulares; omisiones de los poderes públicos obligados a actuar, aunque la jurisprudencia se niegue a su plena admisión; los actos políticos y de gobierno, aunque actualmente la Corte no admita su control; las sentencias.

b) actividad de los particulares: todos sus actos privados en interferencia intersubjetiva (no así las “acciones privadas” del artículo 19) son susceptibles de control, tal es el caso del amparo (artículo 43) contra actos de los particulares que violasen derechos individuales reconocidos en la Constitución. Esto es admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el conocido caso “Kot” (1957).

c) actividad del Poder Constituyente derivado: esto es la reforma de la Constitución por la Asamblea General Reformadora, aunque actualmente la Corte no admite su control basándose en la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciables”.

2.3 – Las cuestiones políticas no judiciables o el descontrol de los poderes.

La doctrina se divide en un debate que no expondremos sobre cuándo hay y cuándo no hay una cuestión política no judiciable. Un sector doctrinario y la jurisprudencia constante de la Corte señalan un amplio campo de cuestiones exentas de contralor: aquellas que se consideran discrecionales de cada poder.

Esta idea autolimitativa del control judicial de constitucionalidad, surgió en los Estados Unidos de Norteamérica (aunque nunca tuvo la extensión e intencionalidad que tuvo en nuestro derecho) con el caso “Luther vs. Borden” (1849) pero hoy está en retroceso allí, especialmente desde el caso “Baker vs. Carr” (1962) que luego comentaremos[lxxxvi].

En la Argentina el caso fundante fue “Cullen c/ Llerena”, donde la Corte dijera que el demandante “pretende una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes;

lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte, como ha sido también declarado por los tribunales de Estados Unidos."[lxxxvii]
La doctrina mayoritaria a la que adherimos, encabezada por Germán Bidart Campos, considera que sólo están excluidas del control aquellas decisiones que la misma Constitución atribuye a los poderes sin ningún tipo de exigencia respecto al contenido, oportunidad o forma. Siguiéndolo podemos decir que la aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciables ha implicado una mutación constitucional que resta importancia al principio de Supremacía Constitucional y disminuye importancia a la función judicial negándole parte de su principal tarea: custodiar la Constitución. "No hay resquicio, recovecos, ámbitos que escapen al control judicial de constitucionalidad. No hay…, no debe haber, cuestiones políticas no judiciables."[lxxxviii]
Aunque algunos casos ofrezcan un mejor panorama[lxxxix], debemos decir que la reiterada negativa de la Corte, apoyada por alguna doctrina, a examinar ciertos actos de gobierno[xc] erige la segunda trampa contra la Supremacía Constitucional.
2.4 – Las omisiones inconstitucionales
Merece un párrafo aparte la cuestión de las omisiones inconstitucionales que será el centro de nuestro trabajo. Éstas se configuran cuando alguno de los tres poderes (reviste mayor interés el caso del Legislativo) desoye una orden de la Constitución y omite el comportamiento realizador de dicho mandamiento. La jurisprudencia a nivel nacional, como luego veremos, no admite un control pleno de estas infracciones. Sin embargo, por los fundamentos que después expondremos, nos permitimos anticipar que el no control de las omisiones construye la tercera trampa, y la más grave, tendida a la supremacía absoluta de la Constitución.
2.5 – Efectos
A) Dos principios generales
En nuestro ordenamiento, como ya lo adelantáramos, el principio general indica que los efectos son restringidos al caso juzgado (inter partes). Así la declaración judicial afirmando que tal o cual norma o acto es constitucional o inconstitucional no surte efectos contra terceros.
El precepto declarado inconstitucional sigue vigente, pues su potencia normológica no se ve mellada hasta que la autoridad que lo creó decida derogarlo o modificarlo (principio del paralelismo de competencias).
B) Fábula increíble de los dos ordenamientos
Del juego de los dos principios expuestos en el párrafo anterior, se desprende a todas luces una conclusión siniestra: cuando una norma ha sido declarada inconstitucional respecto de Pedro y Juan en el asunto "X" deja de existir sólo para ellos y sólo respecto a ese asunto; no así con todos los demás habitantes de la

nación, que deben seguir obedeciendo una norma que ha sido declarada violatoria de los principios basales del ordenamiento.
Más aún: Juan y Pedro han de seguir obedeciendo a dicha norma en cualquier otro asunto reglado por ella.
Supongamos ahora que nuestros sujetos son comerciantes, y “X” es un asunto fundamental de su actividad, pues bien, la declaración judicial los desobliga de cumplir con la norma que deben seguir cumpliendo sus competidores del mismo rubro.
En conclusión: el sistema de efectos limitados genera una realidad no querida e inconcebible: dos ordenamientos sobre el mismo punto conviven, con distintos alcances, dentro de un solo país. Ésta, ¿qué duda cabe?, es la cuarta trampa y la más absurda de las tendidas a la supremacía de una misma Constitución para todos los argentinos.
Por eso es que postulamos la necesidad, de lege ferenda, de consagrar sistemas de efectos amplios, erga omnes, extra partes. El Derecho Comparado nos muestra varias modalidades, ya sea de derogación por la misma sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad o de imposición, mediante la sentencia, del deber de sustituir la norma al órgano que la dictó.
C) Excepciones a los principios generales
a) Jurisprudencia plenaria… ¿obligatoria?
En nuestro sistema jurisdiccional nacional existe, desde hace 40 años, una institución de indudable utilidad práctica, pero de dudosa constitucionalidad: los fallos plenarios. Cuando las Cámaras Nacionales de Apelación se reúnen en pleno, esto es con la participación y votos de todos los jueces de la Cámara, la decisión adoptada es obligatoria para todas las salas de dicha Cámara.
Pero además es forzosa, y he aquí lo peligroso, para todos los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea tribunal de alzada la Cámara que emitió el fallo plenario, aunque su personal entendimiento del derecho sea contrario a lo resuelto por el plenario, en cuyo caso se acepta que puedan dejar constancia en la sentencia de su opinión en contrario.
Este procedimiento tiende a unificar la interpretación de la ley, dando mayor previsibilidad a las decisiones judiciales, pero avasalla la potestad de apreciación jurisdiccional de los magistrados.
Algunas Cámaras[xci] utilizan este procedimiento para decidir sobre cuestiones de constitucionalidad. Pese a que esto morigera los perniciosos resultados que criticáramos supra[xcii] al censurar los efectos limitados de la declaración de inconstitucionalidad, preferimos defender la independencia de ponderación de cada juez en estos asuntos de tanta importancia, frente una decisión adoptada por

mayoría, muchas veces dependiente de pasiones humanas, sociales o políticas.
Pero lo más reprobable es que, indirectamente, se anulan instancias de revisión de las sentencias y se crean causas de remoción de jueces. Si admitimos violaciones a la autonomía de criterio de los jueces, por pequeñas que sean, estaremos resquebrajando la absoluta independencia del Poder Judicial, cada vez más imprescindible en el Estado contemporáneo.
Otras Cámaras, coincidentes con este criterio, sostienen que no se pueden someter a fallo plenario cuestiones de constitucionalidad de ley, con el fin de no coartar la libertad de decisión de jueces y camaristas en este tipo de asuntos[xciii].
b) ¿La Constitución es lo que la Corte dice que es?[xciv]
La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es obligatoria para los demás jueces, pero tiene un alto grado de ejemplaridad y es de esperar que los tribunales inferiores sigan los lineamientos trazados por ella, principalmente teniendo en cuenta que la parte perjudicada por una decisión contraria a lo resuelto en casos similares por la Corte, no dudará en llevar el caso hasta ella para obtener la misma decisión.
Es lo que Vanossi y Ubertone llaman “poderosa influencia de hecho que una descripción realista del sistema no debe soslayar.”[xcv]
La misma Corte ha dicho que los jueces tienen el “deber moral” de seguir sus directrices[xcvi]. En otro caso mencionó que era un “deber institucional”[xcvii]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que los jueces pueden excepcionarse de seguirle sólo “dando fundamentos suficientes” y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal[xcviii]. “El juez deberá dar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada”[xcix] por ella.
Asimismo el eminente doctor Bidart Campos sostiene que “cuando la Corte interpreta la Constitución y cuando ejerce control de constitucionalidad, los demás tribunales federales y provinciales deben acatar las normas generales que surgen de su jurisprudencia (como derecho judicial vigente por su ejemplaridad) cuando fallan casos similares.” Como consecuencia de este pensamiento Bidart incluye la interpretación constitucional de la Corte dentro de la Supremacía Constitucional.
Por los argumentos que hemos expuesto supra[c] al tratar de los fallos plenarios, no coincidimos con el maestro, aunque reconocemos la fuerza de realidad que tiene su solución.
Agreguemos sin embargo unas palabras de Bidart Campos cuando, en un momento, le cuestionamos personalmente esta postura: “No me retraigo en eso. La Constitución es lo que los jueces dicen que es, claro, a veces le hacen decir algunos mamarrachos que sería mejor que fuera muda la Corte.”[ci]

La mayor parte de la doctrina adhiere a la obligatoriedad de los fallos de la Corte. Así, por ejemplo, decía el doctor Romero: “La verdadera ley fundamental es la que resulta a través de las decisiones del más alto Tribunal de la República. De su faena interpretativa en los casos sometidos a su jurisdicción ha de emerger, a la postre, la verdadera constitución.”[cii]

Por otra parte, digamos que ha habido proyectos de reforma de la Constitución donde se ha propuesto consagrar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para todos los jueces nacionales y provinciales[ciii], y la reforma de 1949 (art. 95) la consagró con algunas limitaciones, aunque la misma Corte se encargó de limitar aún más la obligatoriedad de sus sentencias[civ].

Algunos tribunales han negado aplicabilidad a la doctrina de la eficacia vinculante de las sentencias de la Corte Suprema, respetándola sólo en temas de derecho federal[cv], o cuando es muy reiterada y uniforme[cvi].

Digamos, tanto respecto a los fallos plenarios como a las sentencias de la Corte, lo siguiente: propugnamos un control de constitucionalidad concentrado, erga omnes y especializado[cvii], pero hasta que esto no se consagre constitucional o legalmente, no es posible otorgar valor vinculante a ningún instrumento, pues, a los fines del control, es siempre mejor la libertad de apreciación que la aceptación silenciosa de una doctrina, establecida por quien no tiene la atribución jurídica de hacerlo, preferenciando una interpretación “oficial” de la Constitución antes que la sana apreciación de cada magistrado.

Creemos que la interpretación (actualmente difusa y no concentrada, como parecen creerlo las ideas señaladas) es el instrumento ideal para hacer funcionar a la norma fundamental. Así lo decía el alma mater de nuestra Constitución originaria: “El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero constituye siempre una crisis pública, más o menos grave. Son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remediemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación. (…) Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario. La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes. (…) La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua. De palabras se compone la ley, y de las

palabras se ha dicho que no hay ninguna mala, sino mal tomada. (…) Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíz."[cviii]

2.6 – Legitimación activa

Está legitimado para provocar el control el titular actual de un derecho que se pretende ofendido. También el titular de un interés legítimo.

La Corte ha negado legitimación a quien debe cumplir una norma que considera inconstitucional, pero que no ha afectado un interés suyo. Bidart Campos considera erróneo este criterio pues "quien debe cumplir una norma (por ejemplo, la que obliga a actuar como agente de retención) ha de estar habilitado para cuestionar su constitucionalidad, aunque la misma norma y su cumplimiento no le afecten sus derechos personales"[cix]. Él tiene un interés actual que consiste en evitar que su obligación sea inconstitucional.

El amparo del nuevo artículo 43 ha otorgado una legitimación mucho más amplia cuando dice en su segundo párrafo:

"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines…"

Se abre así un reconocimiento constitucional de los llamados "intereses difusos" que la Constitución llama "derechos de incidencia colectiva en general". El nuevo texto constitucional consagra la doctrina que la Corte ya había esbozado en "Ekmekdjian contra Sofovich".

Señalamos también que la Corte Suprema[cx] ha negado al Estado el derecho a requerir en un pleito la declaración de inconstitucionalidad de una norma dictada por él. El doctor Bidart Campos sostiene que el control de constitucionalidad es una garantía de los particulares frente al Estado y por ello concluye en que él no podría invocar la inconstitucionalidad en su favor ya que deriva de un acto propio[cxi]. Sin duda la opinión del maestro, como la de la Corte, tienen sanas intenciones: forzar al Estado a legislar y actuar constitucionalmente, evitar el beneficio proveniente del incumplimiento de sus funciones, etcétera; percibimos incluso reminiscencias del viejo adagio "Proprium factum nemo impugnare potest" (no se puede impugnar el acto propio).

Sin embargo consideramos, coincidiendo con el doctor Sagüés[cxii], que se debe sostener lo contrario: la Constitución, como ley suprema e intangible, ha de ser aplicada aunque quien la invoca sea quien la ha violado, sólo así estamos custodiando la absoluta Supremacía Constitucional.

2.7 – ¿Qué es el "caso contencioso"?

La vía indirecta, incidental o de excepción es hábil para provocar el control. Pero no es la única vía.
Hasta 1985, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitía la indirecta como única vía, de acuerdo con el artículo 2 de la ley 27 que dice que los tribunales federales sólo ejercen jurisdicción “en casos contenciosos”. Se consideraba tal a aquél en que partes contrapuestas disputan intereses contrarios, con posibilidad de llegarse a una sentencia condenatoria que reconozca un derecho, cuya efectividad impidieran las normas impugnadas como inconstitucionales. Esto no era del agrado mayoritario de la doctrina, vemos cómo, hace ya 70 años, la doctrina reclamaba la ampliación de la legitimidad en las acciones de inconstitucionalidad: “En la competencia de la Suprema Corte está la alta función constitucional de amparo de la colectividad, resguardo que se obtiene volviendo a la sana comprensión y respeto de la ley máxima (…). Es de lamentar que la forma de establecer la competencia del Tribunal y la personería del recurrente en cuestiones de indudable interés público, limiten extraordinariamente el ejercicio de las acciones y tienda, más bien, a cerrar el camino de la discusión judicial. (…) Entendemos que la superior misión de la Suprema Corte de Justicia, en la Nación y en las provincias, daría más óptimos frutos para el país si se ampliase la personería para reclamar la declaración de inconstitucionalidad de leyes, ordenanzas y decretos y que la resolución recaída en estos casos fuera de amparo general causando la inaplicabilidad de la resolución sancionada.”[cxiii]
Pero recién a partir de 1985 se elastiza el concepto de caso contencioso y, además de la vía indirecta, se empiezan a admitir acciones de inconstitucionalidad (vía directa), aunque no puras. En “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Federal”[cxiv] la Corte dijo: “resulta imperioso disipar la confusión entre las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud y las acciones determinativas de derechos de base constitucional cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir o impedir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza y el amparo.”
Entonces, en el orden federal hay acciones de inconstitucionalidad, entre ellas:
a) Amparo
b) Habeas Corpus
c) Acción declarativa de mera certeza (artículo 322 código procesal civil y comercial de la Nación)
d) Juicio sumario de inconstitucionalidad
e) Incidente de inconstitucionalidad
Vemos que ahora puede obtenerse una sentencia declarativa de

inconstitucionalidad. En la acción declarativa de certeza hay un caso contencioso donde las partes buscan adquirir para su relación jurídica una certeza que no tienen sobre la constitucionalidad o no de determinada norma. Sin embargo siguen sin admitirse acciones declarativas puras.

Capítulo V: El Control de Constitucionalidad en el Derecho Constitucional Provincial Argentino

1 – Planteo

Hemos decidido realizar un breve repaso del control de constitucionalidad en el Derecho Público Provincial, que consideramos de importancia práctica y teórica, ya que, generalmente, las provincias cristalizan antes que la Nación las nuevas tendencias del Derecho Constitucional.

Hemos tomado cuatro constituciones testigo. La más antigua de ellas es la de nuestra Provincia de Santa Fe (14 de abril de 1962); la de Córdoba (26 de abril de 1987), que fue pionera del nuevo Derecho Constitucional Argentino e inspiradora, en no pocos puntos, de la Reforma Nacional de 1994 y la de Río Negro (3 de junio de 1988) que, inspirada por la más calificada doctrina, ha consagrado algunos importantísimos institutos, especialmente en lo relativo al control de constitucionalidad. También incluimos la Constitución de Tucumán, es la única que ha incorporado a su sistema un Tribunal Constitucional. Siguiendo este orden notaremos la evolución del Derecho Constitucional.

2 – Textos

Para no extendernos nos limitaremos a transcribir la normativa pertinente:

Santa Fe

Artículo 93: Compete a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente, el conocimiento y resolución de:

1º Los recursos de inconstitucionalidad que se deduzcan contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores, sobre materias regidas por esta Constitución.

Córdoba

Artículo 165: El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia:

1. Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno:

a) De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada.

2. Conocer y resolver, en pleno, de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad.

Río Negro

Artículo 207: El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes

atribuciones:
1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyen sobre materias regidas por esta Constitución y que se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual.
2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos:
d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida exenta de cargos fiscales por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.
Artículo 208: Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercer vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal podrá, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.
Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia deberá dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordenará la publicación del fallo.
Tucumán
Artículo 133: La obediencia de la Constitución y el equilibrio de los poderes que ella establece, quedarán especialmente garantizados por el Tribunal Constitucional compuesto de cinco miembros.
Para ser magistrado del tribunal, se requiere ciudadanía, domicilio en la provincia, título universitario de abogado, cuarenta años de edad y veinte de ejercicio en la profesión o en la judicatura dentro de la provincia.
Para su designación, un órgano compuesto por los jueces de la Corte Suprema y los de las Cámaras de Apelaciones, seleccionará, en votación secreta, de entre la lista de profesionales en condiciones de ser magistrados del tribunal, un número no menor de tres ni mayor de diez, de entre los cuales el Poder Ejecutivo designará uno que prestará juramento ante el propio tribunal. Cuando los cargos a llenar fueren más de uno, se procederá sucesivamente, con listas así confeccionadas, de modo que la segunda, tercera, o más listas sólo sean confeccionadas, una vez que

el Poder Ejecutivo, haya elegido dentro de la primera, o segunda o tercera, en su caso.
Los miembros del Tribunal serán designados por diez años. Serán removibles por enjuiciamiento, ante el órgano compuesto por los jueces de la Corte Suprema y los jueces de Cámara.
Artículo 134: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:
1. Declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, con el alcance general previsto en el artículo 22 última parte.[cxv]
2. Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse, sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando la circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.
3. Conocer, por vía de recurso, del rechazo de los diplomas de los electos como miembros de la Legislatura y Concejos Deliberantes, y de las sanciones que estos órganos impusieren a personas de fuera de su seno.
4. Entender en las causas del artículo 5.[cxvi]
5. Decidir los conflictos de jurisdicción que se plantearen entre la Legislatura y el Ejecutivo de la Provincia, o entre uno de dichos poderes y un juez o tribunal de la Provincia, o entre los órganos de un municipio, o entre la provincia y un municipio, o entre municipios.
Capítulo VI: La vigilancia contramayoritaria
En la década del ’30, con el problema entre Roosevelt y los nine olds men, dentro del marco del conocido new deal, se empezó a discutir en doctrina la legitimidad o no del control de constitucionalidad que expondremos brevísimamente en este capítulo final, más como llamado a la reflexión y como dato curioso que como exposición teórica. Para ello seguiremos al maestro Nino[cxvii] y al doctor Carrió[cxviii], a cuyos trabajos remitimos a quienes deseen profundizar el tema.
1 – La crítica
¿Cuáles son las raíces de este planteo?. Antiguamente, cuando se consideraba al juez sólo como un lector culto de la ley, no se planteaban estos problemas pues se creía que el no ponía nada subjetivo al sentenciar, pero desde que descubrimos que la labor jurídica es principalmente valorativa y que muchas veces puede dejarse llevar por presiones o conveniencias, se empezaron a oír voces que se oponían a sujetarse a los conceptos de legal e ilegal que pudiesen determinar otras personas, tal vez movidas por intereses tanto o más mezquinos que los del justiciable y se

empezó a discutir, en todo el mundo, la noción de que los jueces eran la pata menos democrática del trípode que sustenta al poder.
Básicamente, el argumento que niega a la justicia ejercer cualquier tipo de control de constitucionalidad sobre los actos de los poderes, argumenta que los jueces no tienen legitimidad democrática suficiente como para resolver cuestiones de macropolítica. No son designados por el pueblo, ni le rinden cuentas de ninguna manera, toda su autoridad deriva de haber sido nombrados por una autoridad democráticamente electa, es decir: su legitimidad es indirecta y, con el tiempo, inevitablemente se diluye cuando el sistema les da vitaliciamente el cargo. Así surgieron reclamos para que fueran electos popularmente y para que sus cargos sean revalidados periódicamente.
Los opositores al control entienden que, en una sociedad democrática representativa y plebiscitaria[cxix], cuesta mucho lograr una relativa comunidad de criterios y que ésta no debería estar sujeta a la interpretación, más o menos caprichosa, de un gueto como parece ser el Poder Judicial.
Carrió nos sugiere las preguntas básicas que se hacen sobre el sistema de control quienes lo critican: “¿No coloca las decisiones de los cuerpos políticos mayoritarios a merced del criterio de un pequeño grupo de hombres que bien pueden sustentar ideas retrógradas o reaccionarias? ¿No constituye tal estado de cosas normativas -si cabe la expresión- una grave amenaza de desintegración institucional en tiempos de crisis socioeconómicas?”[cxx]. La búsqueda de decisiones rápidas y efectivas, innovadoras, por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo, podría chocar contra este muro que, aparentemente, sólo se ocupa de ficcionales choques entre normas.
Para resumir citemos a Bickel quien sintetizó así sus críticas: “La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. (…) Cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.”[cxxi]
Aclaremos que, en principio, la crítica no se dirige contra la labor jurisdiccional en general sino sólo contra su facultad de fiscalizar los actos de los otros dos poderes.
En nuestro país este argumento no ha sido muy trabajado, probablemente porque a lo largo de casi un siglo y medio de historia institucional, surcada de dictaduras, corrupción e ineficiencia, el Poder Judicial ha sido visto como el más democrático de los tres y el más cercano a la gente, pese a la crisis de credibilidad (no de

legitimación) que hoy enfrenta. Sólo el ex Presidente de la Nación, el doctor Alfonsín, lo plantea como un posible problema pero lo termina resolviendo a favor de la subsistencia del sistema de contralor con la condición de que se implementen mecanismos que aseguren la independencia de los jueces[cxxii].

2 – Un esbozo de respuesta

En el final de este título, pero pertrechándonos ya para la exposición sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión, permítasenos algunos breves pensamientos sobre el tema.

Primero, el control es necesario cuando estamos conformes con nuestra Constitución, caso contrario tenemos los mecanismos mayoritarios del artículo 30 para modificarla, pero sin olvidar que si nos dimos Constitución fue porque elegimos una forma de vida que, mientras la mantengamos en el plano normativo, debe cumplirse. Esto es lo que intentaba decirnos Alberdi cuando expresaba tan líricamente: “La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para reglar su marcha.”[cxxiii]

Segundo, hay instrumentos idóneos para lograr mayor legitimidad de los jueces tales como: elección distrital y su renovación mediante el sufragio popular o mediante órganos independientes, la menor duración en los cargos, un control político (del Congreso) más intenso sobre sus actos, un control administrativo institucional como el del Consejo de la Magistratura, etcétera. A nada de eso nos oponemos pues consideramos positiva toda medida que busque el mayor control del pueblo sobre las instituciones y que traslade a éste cuotas mayores de responsabilidad.

Pero también es necesario dejar bien en claro que si queremos que el Estado cumpla con lo que nos ha prometido debemos tener medios de exigirle que lo haga… ¡y no se puede estar siempre esperando las próximas elecciones!

Otro dato que creemos que olvidan los críticos es que los jueces no declaran inconstitucionalidades por mero placer, sino cuando un individuo, miembro de mayorías o minorías políticas pero ciudadano al fin, reclama porque se siente agredido o desprotegido frente a actos de los poderes públicos. Así ha dicho nuestra corte, inspirada sin duda en Montesquieu: “El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás un poder invasor, un poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar.”[cxxiv]

Todo esto nos trae una vez más a la memoria la propuesta kelseniana del Tribunal

Constitucional, renovable con los cambios políticos (no decimos partidarios), ajeno a los tres poderes tradicionales, sólo atento al respeto de la Constitución del pueblo pero tratando de interpretarla acorde con lo que el pueblo busca en cada momento histórico o, como dijera Nino: “La eventual facultad de los jueces de descalificar una norma jurídica de origen democrático, por ser violatoria de una prescripción constitucional, sea en lo que hace al procedimiento o al contenido de la norma, es un arma poderosa en manos de los jueces, ya que puede constituir uno de los instrumentos principales para promover una reconstrucción radical de nuestra práctica constitucional.”[cxxv]

Terminemos este título con una cita del más grande y previsor de los constitucionalistas, Alexander Hamilton, quien en estas líneas parece haber intuido el problema que hoy nos ocupa:

“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, sin embargo no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esa circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente cada vez que una afición pasajera dominara a una mayoría de sus electores en un sentido contrario a dichas disposiciones, o que los tribunales estarían más obligados a tolerar las infracciones cometidas en esta forma que las que procedieran únicamente de las maquinaciones del cuerpo representativo. 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.”[cxxvi]

Título DOS – Del Recurso Extraordinario

Capítulo I: Premisas básicas

1 – La honda de David

El Recurso Extraordinario es el arma más poderosa que tiene el litigante particular para enfrentar al goliardesco Estado cuando éste viola las disposiciones constitucionales. Es el medio típico de provocar el control de constitucionalidad en su más alto grado.

Esta arma ha crecido hasta alcanzar proporciones descomunales. Prueba de ello es

que, en los primeros años de nuestra historia constitucional, este recurso no era objeto de demasiada atención por parte de los tratadistas; bástenos señalar que uno de nuestros primeros constitucionalistas, el doctor Joaquín V. González[cxxvii], no dedica más que unas pocas páginas a la ley 48, considerando sus disposiciones como suficientemente claras.

Con el tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue abriendo las válvulas para permitir el acceso al control de constitucionalidad a todos los casos donde fuera necesario, con lo cual, pretorianamente se amplió el marco de cobertura del Recurso Extraordinario.

Estamos a favor de posibilitar un amplio acceso a la jurisdicción en materia de salvaguarda constitucional, pero creemos que la actuación de la Corte ha de reservarse para los casos más importantes. Así también creemos que ella no tiene la especialización que hemos postulado[cxxviii] para un órgano supremo de control constitucional. Por ello proponemos nuevamente la implementación un tribunal especializado, aceptando por el momento una mesurada aplicación del writ of certiorari.

2 – Concepto

El Recurso Extraordinario federal es la vía procesal por la cual se puede elevar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación todo caso en que haya recaído una sentencia definitiva, emanada de cualquier superior tribunal de la causa en el país, a fin de plantear ante ella cuestiones de derecho federal (constitucional o infraconstitucional).

“El Recurso Extraordinario es un recurso federal. Esto en el doble sentido de que se extiende su alcance a todas las jurisdicciones del país, sean los poderes judiciales de las provincias o de la Nación, y en el de que sólo es pertinente cuando está en juego una ‘cuestión federal’, esto es, media alguna norma de esa índole.”[cxxix]

3 – Generalidades

El artículo 117 divide la jurisdicción de la Corte en “originaria y exclusiva” por un lado y “apelada” o “por apelación” por otro. El Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecido por la ley 48 es un “recurso de apelación”[cxxx] pero es “parcial” ya que admite su utilización sólo para algunos puntos.

Sabemos que la Constitución exige la reglamentación por el Congreso de una jurisdicción apelada de la Corte Suprema. Sin duda la materia de la apelación debía estar comprendida dentro de la delimitación que hace el artículo 116 de la materia propia de la justicia nacional. Pues bien: el legislador podía establecer que todas las causas comprendidas en el artículo 116 pudiesen llegar ordinariamente por apelación a la Corte, convirtiéndola así en una instancia revisora más, o, como lo

hizo, que sólo algunas lleguen.
¿Cuál fue el criterio del legislador de la ley 48 para otorgar el recurso de apelación ante el máximo tribunal de la Nación? Fue una pauta restrictiva, excepcional y que se limitó exclusivamente a la materia federal sin incluir al derecho común.
La doctrina procesalista entiende que no se trata de un recurso “de apelación”, pues este tipo de recursos exige la revisión total del fallo mientras que aquí la Corte sólo se limita a analizar la materia federal. Pero Bidart Campos, con un sentido realista que buena falta le hace a la doctrina, dice llanamente: “En tanto el acceso que por él se obtiene no es originario, cabe responder que es un recurso de apelación.”[cxxxi]
Es “extraordinario” pues no se habilita en todos los casos, como una instancia más (tercera o cuarta), sino sólo en los casos donde la materia federal, encapsulada en la sentencia, aparenta estar mal resuelta, envenenando la solución del caso.
4 – La normativa
En el tercer año de imperio de nuestra Constitución Nacional, el legislador siguiendo, como era propio en esos años, la experiencia estadounidense[cxxxii], estableció una ley de “jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales” de la que a continuación transcribimos los tres artículos principales.
Ley nacional nº 48, del 14 de septiembre de 1863
Artículo 14: Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial; y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, en los casos siguientes:
1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.
2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la Autoridad Nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia del litigio.
Artículo 15: Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes,

tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 12, artículo 75, de la Constitución.
Artículo 16: En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada, o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez resuelta por idéntica razón.[cxxxiii]
5 – El objeto
El propósito del Recurso Extraordinario es asegurar el máximo control de constitucionalidad, en pro de garantizar la Supremacía Constitucional. Bidart Campos divide este control en dos: a) interpretación constitucional; b) conflicto de constitucionalidad.[cxxxiv]
Joaquín V. González señalaba:
“1º que siendo la Constitución, las leyes nacionales dictadas en su consecuencia y los tratados con las potencias extranjeras la ley suprema de la Nación, ningún tribunal que no fuese la Corte suprema de la Nación podría ejercer el poder jurisdiccional para preservar aquella supremacía.
(…)
3º que es indispensable la uniformidad de decisiones en toda la República, sobre puntos regidos o comprendidos por la Constitución para hacer posible su inteligencia y cumplimiento igual por todas las provincias.”[cxxxv]
Reuniendo los distintos objetivos que señalan nuestros principales referentes[cxxxvi], podemos proponer los siguientes:
a) tutelar la primacía del derecho federal respecto al derecho provincial y a las sentencias de sus tribunales.
b) proteger la supremacía de la Constitución y del resto del derecho federal, así como de sus autoridades, aun contra sentencias de tribunales federales.
c) uniformar la interpretación y aplicación del derecho federal mediante una suerte de “casación federal o constitucional”.
d) dejar sin efecto las sentencias arbitrarias, como forma de afianzar la justicia mediante la solución objetivamente justa de cada caso.
e) tutelar, en un sentido amplio, las garantías y derechos constitucionales.
Como resumen permítasenos citar aquí las palabras de Hamilton, quien para nosotros fuera el más lúcido constitucionalista de la historia:
“Debe existir siempre un medio constitucional de impartir eficacia a las

disposiciones constitucionales. ¿De qué servirían, por ejemplo, las restricciones a las facultades de las legislaturas locales, si no existe algún procedimiento constitucional para exigir su observancia? (…) Ningún hombre de sentido común será capaz de creer que tales prohibiciones se respetarían escrupulosamente si el gobierno carece de poderes efectivos para impedir y sancionar las infracciones que se cometan. Estos poderes deben consistir (…) en la potestad conferida a los tribunales federales de hacer a un lado aquellas que contravengan de modo manifiesto los artículos de la Unión. (…)
Si se admite la existencia de axiomas políticos, habrá que clasificar entre ellos a la conveniencia de que el Poder Judicial de un gobierno tenga la misma extensión que el Poder Legislativo. La necesidad, simplemente, de que la interpretación de las leyes nacionales sea uniforme, resuelve la cuestión. Trece[cxxxvii] tribunales independientes de última instancia, para juzgar los mismos asuntos, suscitados por las mismas leyes, serían una hidra[cxxxviii] gubernamental de la que sólo pueden resultar confusiones y contradicciones.”[cxxxix]
Capítulo II: Mecánica
1 – Requisitos
Siguiendo al doctor Bidart Campos[cxl] y al doctor Ulla[cxli], dividiremos los requisitos en tres grupos y los expondremos en el siguiente cuadro:
2 – La resolución objetable
Son impugnables las sentencias definitivas dictadas en juicio por el superior tribunal de la causa.
2.1 – Juicio
Con Bidart Campos definiremos al juicio como todo proceso al que el derecho vigente en una jurisdicción considera juicio[cxlii], haya tramitado ante tribunales federales o provinciales, siempre y cuando sea susceptible de generar cosa juzgada material (no así, por ejemplo, un juicio Ejecutivo o de apremio).
Así también la jurisprudencia de la Corte ha admitido que ciertos procesos jurisdiccionales no judiciales (administrativos, militares, legislativos) sean susceptibles de Recurso Extraordinario, siendo condición ineludible para este planteo directo, que la decisión de dicho procedimiento no pueda ser revisada por un tribunal judicial.
2.2 – Sentencia definitiva
Es la decisión que pone fin al asunto objeto del juicio con fuerza tal que no podrá volver a discutirse ni en el mismo juicio ni en otro.
Es aquella decisión que produce en un proceso cosa juzgada material. La Corte, también pretorianamente, le ha equiparado aquellas decisiones que signifiquen la paralización del proceso, causen gravamen irreparable o revistan características de

gravedad institucional.
Bidart Campos[cxliii] destaca que la sentencia definitiva abarcó y resolvió, o debió abarcar y resolver aunque no lo haya hecho, una cuestión constitucional incluida en el juicio ya que ésta será la materia del Recurso Extraordinario.
2.3 – Superior tribunal de la causa
Si bien la ley 48 en su artículo 14 habla de "tribunales superiores de provincia"[cxliv] la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido generando este otro concepto, de acuerdo al cual cada causa tiene su tribunal superior, último, según la administración judicial donde esté trámite.
Es el que tiene competencia para decidir finalmente y por última vez (dentro de una determinada administración judicial) la cuestión constitucional o infraconstitucional federal que se plantea en la causa. La Corte Nacional ha dicho[cxlv] que los tribunales de provincia no pueden negarse a resolver temas de derecho federal, ni siquiera en el caso en que una ley o jurisprudencia provinciales lo prohibiesen.
Todo depende de si el tribunal reconoce o no otro sobre él como competente para resolver la cuestión constitucional.
Es común que los superiores tribunales de la causa sean las cámaras federales o nacionales de apelaciones y las supremas cortes o tribunales superiores provinciales.
3 – Trámite previo. Pre – Recurso Extraordinario
3.1 – Introducción
En la primera oportunidad posible del procedimiento (al demandar, al contestar, al recurrir una sentencia o resolución, etc.) ha de introducirse la cuestión federal que luego será objeto del recurso.
Introducir la cuestión federal, según Sagüés, "significa que el litigante deberá requerir al tribunal que entienda en el proceso, la efectivización de normas federales."[cxlvi]
Esta introducción ha de hacerse citando claramente las disposiciones que se considera están en juego.
3.2 – Mantenimiento
La cuestión federal debe ser mantenida en todas las instancias del juicio. Si ello no se hace se considerará renunciado el derecho a Recurso Extraordinario.
Mantener implica advertir al juez de cada instancia que, si su resolución es contraria al derecho federal que el litigante invoca, se continuará hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en busca del control sobre la constitucionalidad de lo decidido. Comúnmente se denomina a esta advertencia "reserva federal".
4 – Procedimiento posterior. Trámite del recurso propiamente dicho.
4.1 – En sede del último tribunal de la causa

Dictada la sentencia definitiva del último tribunal de la causa el descontento puede articular ante él, en un plazo de 10 días, el Recurso Extraordinario Federal. Debe hacerlo por escrito, y fundado de tal manera que, de su simple lectura, surjan los datos suficientes para resolverlo[cxlvii].
El tribunal otorgará un traslado por diez días a la contraparte, transcurridos los cuales, el tribunal que dictó la resolución objetada concede o deniega el recurso.
A) Si concede, remitirá los autos a la Corte Nacional
B)Si deniega, el interesado puede recurrir directamente ante la Corte mediante el 'recurso de queja', llamado también 'recurso de hecho'.
4.2 – En sede de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
4.2.1. – Recepción
Una vez remitidos los autos por el último tribunal, o llegado el litigante en queja, la Corte puede:
A) Ejercer su writ of certiorari (ley 23774), por el cual puede desechar casos donde falte agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas sean insustanciales o sin trascendencia ("Cuestiones insustanciales: recursos extraordinarios que objetan líneas jurisprudenciales firmes de la misma Corte, sin dar motivos valederos para apartarse de ellas. (…) Cuestiones sin trascendencia: un Recurso Extraordinario es intranscendente, si no presenta un problema que tenga interés o gravedad institucional"[cxlviii]). Pese a que la ley posibilita que el rechazo sea sin fundamento alguno más que la invocación de la ley, nosotros consideramos que siempre la Corte debe brindar una fundamentación, aunque sea mínima sobre el rechazo, para no caer en una de las actitudes que ella misma ha considerado como causales de sentencia arbitraria.
B) Aceptar el recurso.
4.2.2 – Resolución
La Corte, una vez admitido el recurso, puede disponer vistas (al procurador general de la nación, al defensor oficial, etc.) y ordenar medidas para mejor proveer. Luego dicta sentencia.
Si rechaza el recurso, el fallo impugnado queda firme automáticamente.
Si otorga razón al recurrente, revoca el fallo, y puede seguir dos caminos que prevé el artículo 16 de la ley 48:
A) devolver los autos al tribunal que dictó la sentencia invalidada, o al que le sigue en orden de turno, el cual deberá dictar sentencia conforme a las pautas de la Corte. Esto es el reenvío.
B) decidir per se el fondo del asunto, reemplazando al inferior e, incluso, podrá ordenar la ejecución.
Esta variable nos parece, a primera vista, inconveniente, pues se quiebra (ya

completamente) la organización judicial, quedando incluso en riesgo la garantía del debido proceso pues se saca el caso de los jueces designados por la ley[cxlix]. Por ello propugnamos su utilización sólo “si la causa hubiese sido una vez resuelta por idéntica razón.”[cl]

Capítulo III: Supuestos especiales

1 – La Gravedad Institucional

Siguiendo a Sagüés[cli] dividiremos las definiciones que la Corte ha brindado de esta expresión en:

a) de mínima: hay gravedad institucional cuando en un proceso se discuten temas que exceden el mero interés de las partes[clii].

b) de máxima: la gravedad institucional aparece cuando se discuten temas de macropolítica quedando comprometidas en la litis las instituciones básicas de la Nación[cliii], la buena marcha de las instituciones[cliv]; o cuando se trata de un caso que conmueve a la sociedad entera[clv].

Estos conceptos, tan intencionadamente elásticos, han servido para bien y mal del Recurso Extraordinario, así por ejemplo ha servido para:

– disminuir la exigencia de los recaudos de admisibilidad.

– habilitar el recurso aun cuando no existía cuestión federal[clvi].

– seleccionar los casos a resolver, por el certiorari.

– suspender la ejecución de ciertos fallos cuando el Recurso Extraordinario ha sido concedido o la queja articulada[clvii].

– crear el per saltum, que veremos en el siguiente punto.

No toda la doctrina le ha dado buena acogida a la idea de la gravedad institucional, prueba de ello es este párrafo del doctor Spota: “Sin que necesariamente medie cuestión prevista en ninguno de los tres incisos del artículo 14 de la ley 48, la Corte se entiende y considera capacitada para opinar y decidir en temas que, a su criterio, excediendo los intereses de las partes, inciden sobre la comunidad toda. Entonces, la Corte, decide lo que cree conveniente para la comunidad, más allá y más acá de la norma habilitante expresa. (…) La habilitación de la instancia extraordinaria por gravedad institucional, muestra una faceta bien clara, de naturaleza política, que hoy ha creado la Corte argentina (…) con lo que se vuelve a mostrar el cupo de poder político que el sistema reconoce en manos de la Corte Suprema de Justicia.”[clviii]

2 – El per saltum

En un famoso caso[clix] la Corte admitió que se planteara directamente ante sí un Recurso Extraordinario contra una sentencia de amparo de primera instancia, saltando así a la Cámara de Apelaciones, esto es lo que denominamos per saltum o by pass. Para ello argumentó que en el caso había gravedad institucional

en su máxima expresión.
La Corte obró sin ley alguna que contemplase la posibilidad, ni opinión doctrinaria o jurisprudencial que hubiese preparado camino a una actitud así. Bueno es recordar que esto ocurrió para favorecer una decisión gubernamental y que el principal motivo histórico de saltear a la Cámara era que se esperaba de ella un pronunciamiento adverso, que probablemente provocaría una reacción popular contraria al Ejecutivo.
Coincidiendo con Sagüés[clx], no vemos inconveniente en que por ley se establezcan este tipo de apelaciones directas, pero no vamos a dejar de decir que, sin ley, el per saltum viola los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural[clxi], y por ello es inconstitucional.
3 – La Sentencia Arbitraria
El concepto de arbitrariedad de sentencia es la más importante creación jurisprudencial de la Corte en toda su historia. Y la peor enemiga de su funcionamiento, pues ha cuadruplicado los casos que llegan a la Corte. Veamos los datos que nos trae el doctor Guastavino: “Durante el año 1957 tuvieron entrada y fueron falladas, respectivamente 1.897 y 1.926 causas. (…) En el trienio 1986, 1987 y 1988 el promedio anual de expedientes ingresados en las instancias originaria y apelada osciló en la cantidad de 6500, la mayoría por vía de la apelación extraordinaria y dentro de ella por invocación de arbitrariedad.”[clxii]
Parece demasiado trabajo para una Corte que aumentó su número de miembros (lo que aumenta las demoras) y se niega a dividirse en salas.
Sentencia arbitraria, según la Corte, es aquella que no importa una derivación razonada del derecho vigente. Se argumenta la inconstitucionalidad de estas sentencias por violar las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio[clxiii].
La idea de la descalificación por arbitrariedad nace en el derecho estadounidense con el “Lochner” de 1905, pero la génesis del concepto de arbitrariedad en la Argentina está en el caso “C.M. Rey vs. Rocha”[clxiv] de 1909 donde se descalifica una sentencia por inconstitucional aunque la materia no era federal.
Las causas por las que una sentencia puede ser atacada como arbitraria no están muy delimitadas, algunos usan y abusan del argumento mientras otros, como el doctor Spota, consideran que “No debe suponerse que la arbitrariedad es de fácil demostración. Nada de ello acaece. Los agravios deben darse y mostrarse como profundamente irritativos (sic). La tacha de arbitrariedad es senda que nada tiene de cumplimentación (sic) ligera.”[clxv]
La mismísima Corte[clxvi] ha resumido los casos en que procedería la descalificación de una sentencia por arbitrariedad:

– dictada en abierta contradicción con lo dispuesto por la ley, esto es fundada exclusivamente en el capricho del juzgador
– sustentada sobre hechos procesalmente inexistentes
– que descansa sobre hechos que, de no haberse omitido la consideración de cuestiones propuestas por las partes, pudieron haber tenido otra significación jurídica y no cuando únicamente hay error en la apreciación de las condiciones fácticas del caso
– fundada sobre normas jurídicas interpretadas adversamente a la doctrina unánime y constante de la jurisprudencia y de los tratadistas, no siendo razonable la nueva interpretación
– que se basa en la interpretación francamente equivocada de una cuestión procesal, generándose entonces una restricción sustancial e indebida del derecho de defensa o lesionando un derecho subjetivo constitucional del interesado
La doctrina señala numerosos casos más, a los cuales se añaden importantes consideraciones, pero como no es éste el eje de nuestro trabajo, a cuyos fines basta lo ya expuesto, remitimos a las dos obras que hemos seguido[clxvii].
Capítulo CUATRO: El rostro de Medusa
Todas estas creaciones jurisprudenciales, aunque reconozcamos la justicia de algunas, han contribuido a desfigurar el sistema judicial, el cual nos muestra una faz cada vez más aterradora.
Hoy, pese a que la doctrina lo niegue en el plano teórico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha quedado reducida a ser una instancia más para la gran mayoría de los juicios. Cada vez que las cámaras de la televisión enfocan a un abogado perdidoso, él no tiene temor de repetir la conocida cantilena: “si no nos dan la razón llegaremos hasta la Corte Suprema” (así se trate de un simple accidente de tránsito).
Algo anda mal en nuestro sistema.
Es cierto: el ser humano ha pervertido el concepto de justicia, hoy todos piensan: “justo es lo que yo quiero”; es cierto también que hay abogados inescrupulosos que prefieren mover cielo y tierra en busca de una resolución favorable (o por lo menos de una prolongación de su trabajo y honorarios) en vez de admitir que a su cliente no le asiste el derecho; es igualmente cierto que el sistema judicial está sumido en un triste descrédito social que conduce a buscar “otras opiniones”.
Pero también debemos reconocer que la Corte ha abierto injustificadamente las válvulas de acceso, movida muchas veces por influencias políticas y, una vez permitido el acceso a un caso, es muy difícil negárselo a otro.
En 1973, el doctor Vocos Conesa[clxviii], recopilaba algunos casos que había resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esos años, como muestra de

la destrucción del criterio de aceptar sólo casos que, por su gravedad y trascendencia, superen el mero interés de las partes y afecten el de la comunidad.
Veamos los casos que, hace más de 24 años, la Corte tuvo que resolver:
– si en el manifiesto de rancho deben incluirse todos los comestibles o sólo los pickles, dulces, jaleas y mermeladas[clxix].
– si la expresión “dulces” de una resolución aduanera incluye a las frutas en almíbar[clxx].
– si es cuestión federal la determinación sobre si la hernia inguinal derecha recidivada, padecida por un sargento de gendarmería, guarda relación causal con el servicio[clxxi].
– si en materia del impuesto a las ventas están exentas del gravamen las operaciones a que son sometidas las tripas vacunas y ovinas y el blanqueo de mondongo[clxxii].
– si están exentas del mismo impuesto las grasas y sebos comestibles, el aceite de patas y patitas, los sebos incomestibles y el sebo vacuno de hueso de caracú[clxxiii].
Si realizáramos la misma tarea en la actualidad, los resultados serían muchísimo más risibles.
No negamos que en estos casos, como en tantos otros, es necesaria una interpretación definitiva, pero no creemos que en todos tenga que ser la de la Corte. Debemos proteger el tiempo de nuestro máximo tribunal para que se dedique a la tarea específica para la que fue creado, para “tribunal de garantías constitucionales”[clxxiv]. Esto se lograría fácilmente si la Corte se negase a recibir todo caso donde no haya interés comunitario comprometido; o si por ley, y sólo en los casos que se establezcan taxativamente, se estableciese como instancia última de interpretación a las Cámaras, es doctrina pacíficamente aceptada por la Corte que la tercera instancia no es exigida constitucionalmente.
Asimismo no dudamos de la necesidad de controlar rigurosamente la constitucionalidad de toda ley (es el reclamo que venimos reiterando a lo largo de este trabajo), así como de invalidar toda sentencia objetivamente arbitraria, pero repetimos nuevamente que es necesaria una reestructuración del sistema de control de constitucionalidad encaminada al establecimiento de un tribunal constitucional, dedicado exclusivamente a esta tarea y con una especialización, una mentalidad constitucionalista, que nuestra Corte no tiene ni, a los fines de su tarea originaria, necesita.
Por ello, coincidimos aquí con el doctor Ricardo Nuñez[clxxv] quien expresó, hace 24 años: “Si alguien se tomara el trabajo de comprobar en qué medida han cooperado los 280 volúmenes de los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en el desfiguramiento del auténtico régimen constitucional se llevaría una sorpresa. Muchos de los fallos, incluso de los mejores y más ilustrados jueces de la Corte, han corroído las bases mismas del sistema federal de gobierno y de garantías constitucionales. Una y otra cosa no han ocurrido desde ayer, pero ahora se ha acentuado el proceso."

Sabemos que nada de esto es soplar y hacer botellas, pero queremos llamar la atención de todos los hombres del derecho para que contribuyamos, con críticas y propuestas, a reorganizar nuestro sistema jurisdiccional para poder así "afianzar la Justicia".

Título TRES: De la Inconstitucionalidad por Omisión.

"Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias"

(Corte Suprema de Justicia de la Nación "Siri")[clxxvi].

Capítulo I: Dura lex est, sed… lex est. Ideas previas.

1 – Una obsesión

Nadie que lea a conciencia la Constitución puede dejar de sentir que hay una inmensa distancia entre lo que ella establece y lo que en la realidad se concreta. Esta disparidad nos preocupa. Creemos, como hemos expuesto en el título I, que si la cúspide del sistema jurídico no impera, todo el ordenamiento jurídico tambalea. 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.

Y para tocar este tema hay que despojarse de conceptos caducos y restrictivos, hay que mirar con ojos progresistas las armas y encarar reformas de fondo si no queremos continuar con esta realidad. Por eso advertimos que una de las ideas rectoras de este trabajo es ampliar el acceso a la jurisdicción, idea clave tanto para el afectado como para el abogado.

2 – Utilidad

Néstor Pedro Sagüés nos ha hablado de la división entre "constituciones – promesa" y "constituciones – contrato"[clxxvii]. Debemos admitir algo apriorísticamente: nuestra Constitución nacional de 1853-1994 se incluye en el primer grupo. La

Constitución – promesa es aquella que, desde el preámbulo en adelante, exhibe ampulosas declaraciones de derechos y objetivos, inexigibles jurídicamente, que auguran un futuro grandioso, pero remoto e incierto, aquella Constitución exhibicionista, vocinglera, que narcotiza la desesperación de los pueblos augurándoles un futuro dorado, pero se cuida muy bien de no dar las herramientas necesarias al individuo para que exija su concreción a las instituciones.
Sagüés nos aporta un dato preocupante: las naciones con mayor ingreso per capita del mundo tienen constituciones parcas (constituciones-contrato) con escuetas y realistas declaraciones de derechos fácilmente exigibles. Así Sagüés concluye que "los sistemas políticos que de hecho 'dan mucho' a sus habitantes en bienes y servicios (o les permiten obtenerlos) retacean efectivamente su declamatoria constitucional; mientras que los que fácticamente 'dan poco' (v.gr. los de América Latina), apuran su lirismo programático."[clxxviii]
Si nos quedamos con las promesas, si nos solazamos con la lírica jurídica, si somos como aquellos "corazones de ley que se consuelan con saber que después tendrán ventura"[clxxix], es mejor que interrumpamos la lectura de este trabajo y nos conformemos con las migajas que el legislador se digna a dejarnos, porque el objetivo de esta monografía es mostrar que, mediante el ataque a la inconstitucionalidad omisiva, puede obtenerse el cumplimiento de lo que la ley suprema nos ha dado, la concreción de aquello que el volksgeist[clxxx] quiso asegurarse monolíticamente.
Terminemos este punto con las palabras de uno de los juristas a quien seguiremos a lo largo de este título: "Juzgamos importante la habilitación de adecuadas vías procesales para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la jurisdicción, en orden a perseguir la descalificación de la conducta omisiva -y lesiva- de los órganos encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional.
La causa final se emplazaría en la necesidad de recomponer el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.
Paralelamente a tales finalidades, el concebir una vía instrumental que ensanche el horizonte garantista podrá entrañar, también, un mix ejemplificador y moralizante: por una parte, sortear la tentación de algunos de instaurar un trasfondo de indemnidad o irresponsabilidad en favor del Estado -declarándolo inimputable por la incumplida mejora de situaciones vivenciales que promete, Constitución mediante- y, por la otra, erigir un valladar contra las ínfulas quiméricas de los constituyentes al elaborar las normas constitucionales."[clxxxi]
3 – ¿Por qué exigir que la Constitución se cumpla?

Es necesario que la organización estatal se haga cargo de concretar lo que la Constitución programa, y para reafirmar esto vamos a intentar exponer diversas razones, que se agregan a todo lo ya visto en el título UNO.
Primero: 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.”[clxxxii].
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.”[clxxxiii]
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.”[clxxxiv]
Segundo: los ciudadanos debemos acostumbrarnos a exigir, como un derecho irrenunciable, que nuestros representantes hagan aquello a que están obligados.
Tercero: 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; si el legislador obra en la ilegalidad actuando al margen de la ley suprema ¿podemos pedir que la gente respete el código de faltas?. Y no hagamos firuletes teóricos: hace 145 años que la Constitución ordena la implementación del juicio por jurados y no hay un sólo intento serio por consagrarlo.
Cuarto: 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, ¿podría la provincia de Santa Fe mantenerse al margen de la oralidad procesal si el Congreso hubiese regulado el juicio por jurados, aunque fuese a nivel federal? ¿no sabemos acaso lo decisiva que es la influencia nacional sobre los ordenamientos locales?
Quinto: 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”[clxxxv] 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: Es necesario revalorizar la función de los jueces como creadores del derecho concreto, como la parte del trípode gobernante más cercana a la gente[clxxxvi]. La judicatura tiene que abandonar su papel de ‘cenicienta del legislador’[clxxxvii], 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 entendió bien esto y por eso 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. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, 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. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.”[clxxxviii]

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.

4 – En camino

Queremos con este trabajo llevar al debate constitucional el interés general por la legalidad elevado a su máxima potencia. Serán los abogados y, en definitiva, los jueces, quienes hallen los mecanismos más adecuados para poner en marcha estas ideas.

Pensamos que todos los argentinos tenemos que tener herramientas para obtener el pleno goce de los derechos y garantías constitucionales, y vemos en la inconstitucionalidad por omisión un buen comienzo.

Creemos que cada ciudadano puede plantear una acción de inconstitucionalidad contra la omisión del legislador en cuanto a la operativización de la consulta y la

iniciativa populares, y los jueces tendrán que resolver buscando la forma de asegurar el imperio constitucional. Consideramos que si nuevamente llega a la Corte un justiciable planteando que su garantía del juez natural[clxxxix] está siendo conculcada por la falta de jurados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede hacer por segunda vez un desaire a la Supremacía Constitucional.
Estamos de acuerdo con el doctor Bazán en que hay que mantener la prudencia y otras cuestiones[cxc] pero eso no debe hacernos perder de vista lo que está en juego: la raíz del Estado de Derecho. Y queremos no sentirnos culpable del reproche que hace el doctor Rosatti cuando nos habla de una “devoción simbólica antes que fáctica hacia el texto constitucional”[cxci].
5 – Nuestro plan
En los próximos capítulos de este tercer y último título analizaremos la figura, las experiencias del Derecho Comparado internacional y provincial, la jurisprudencia nacional, la opinión de la doctrina, los casos más acuciantes de la actualidad y los posibles instrumentos para llevar a la práctica este instituto.
Capítulo II: Normas programáticas o realidad programada por las normas constitucionales.
Es imprescindible, como paso previo a la comprensión de nuestra figura, exponer, aunque sucintamente, lo que son las normas programáticas constitucionales.
1 – Concepto.
La norma programática es aquella que el constituyente cincela como un precepto que no surte efectos por sí mismo sino que requiere de una o más leyes que lo instrumenten, que lo operativicen.
El constituyente programa, prevé, una realidad para el futuro y delega la concreción de este estado de cosas al legislador. Esta necesidad de delegación puede motivarse en la imposibilidad (e innecesariedad) de que la Constitución toque puntos pragmáticos, “muy finos”; o en la intención de dejar librado a la discreción del legislador futuro la mejor manera de regular el tema según la coyuntura de su época.
Será el Poder Legislativo quien, aquilatando las diversas opciones y atendiendo al momento histórico y social de la nación, resolverá implementar de una u otra manera lo que el constituyente bosquejó.
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.
“Una cláusula resultará programática, esto es, no operativa, sin vigencia inmediata, cuando el órgano jurisdiccional, para aplicarla al caso concreto, debiera convertirse en legislador. Dicha cláusula, en tal situación, no otorga un derecho subjetivo, no es

realmente norma jurídica, y su efectividad quedará librada a la oportuna actuación del legislador.”[cxcii]
2 – ¿Qué puede ocurrir luego?
2.1 – El legislator puede cumplir su misión correctamente y la comunidad obedece la norma.
2.1.a – Si la norma programática era correcta, la realidad pensada se concretará.
2.1.a – Si estaba mal diseñada o queda desfasada ante el cambio de la historia, la realidad no responderá a las previsiones (prognosis errónea).
2.2 – El legislador consuma su misión incorrectamente y la comunidad no cumple la norma o, cumpliéndola, no se concreta lo programado. Aquí el parlamentario ha fallado y la norma programática se frustra.
2.3 – El legislador no cumple la orden constitucional.
2.3.a – La norma programática queda suspendida en su vigencia y, ante la desobediencia legislativa y el olvido comunitario, la cláusula pierde toda vida (lo que no quita que, si alguna vez se decide reglamentarla, recupere todo su valor).
2.3.b – Por propia iniciativa o por apremio judicial, el legislador acata el mandato constitucional y la norma programática se descongela para empezar a producir efectos.
3 – Causas del naufragio
El doctor Domínguez, en un párrafo magistral, nos muestra el problema al que se enfrentan este tipo de cláusulas: “El constituyente, que es a la postre político, no puede o no quiere desoír los reclamos populares y para satisfacer la aspiración de millones de votantes termina por proclamar esas aspiraciones en el texto. El político se impone así sobre el jurista que intenta recordarle, sin ser ya oído, que una Constitución no se hace para expresar deseos y dar buenos consejos. Esta imperfección en la tarea del constituyente no sería grave por sí misma ya que, objetivamente considerada, no implica más que una falta de técnica jurídica. Lo grave, a nuestro juicio, está en la consecuencia de esa postura programática, en cuanto repercute en la comunidad, en el sentimiento de respeto que el pueblo tiene o debe tener para con la ley fundamental.
La dualidad que se reprocha al constituyente es que sabe por anticipado que muchas de las cláusulas programáticas que dicta no podrán transformarse en una realidad tangible, esto es, en leyes reglamentarias de efectiva aplicación, sin levantar una enconada, una formidable resistencia por parte de los sectores sociales afectados por la medida. Si las leyes sociales ya se han dictado ¿para qué proponerlas en la Constitución? Y si no pueden dictarse ¿para qué proponerlas en la Constitución? Podría argumentarse que las cláusulas programáticas no se sancionan para que se vuelvan operativas en corto tiempo, sino, al menos, para señalar el

camino legislativo que seguirá la nueva generación. Si así se entendiera el programa constitucional, debemos manifestar categóricamente que tal programa no debe tener cabida en una Constitución, sino en un curso o tratado de doctrina política. Porque ni las Constituciones son plataformas electorales ni el pueblo elige a los constituyentes para que se dediquen a profetizar el porvenir."[cxciii]

Vemos que el fracaso de la cláusula programática puede darse por motivos referentes a sí misma o al legislador, motivos que ahora intentaremos clasificar.

3.1 – Trabas endógenas

Sabemos que las instrucciones programáticas tienen vocación a la operatividad, a la eficacia, pero en algunos casos ellas mismas contienen el germen de su parálisis.

3.1.a – Incapacidad del constituyente

Es probable que la Convención haya caído en algunos de los vicios que Sagüés marca[cxciv]: utopismo, plagio o multiformismo involuntario, no por mala voluntad sino por incapacidad jurídica y política de redactar una norma mejor y/o de prever los efectos de la norma compuesta. Estas normas están condenadas al fracaso porque no resistirán el choque con la realidad.

3.1.b – Perversión del constituyente

Aquí el constituyente cae en otros de los vicios que marca Sagüés: la demagogia, el gatopardismo o el multiformismo voluntario. Estas normas fracasarán sencillamente porque no están hechas para funcionar, sino sólo para engañar al pueblo que lo permite.

3.1.c – Anticonstitucionalismo del constituyente

En algunos países como el nuestro, es fomentada la transgresión de las normas, tanto constitucionales como infraconstitucionales. Esta conducta ajurídica (¿o debiéramos decir 'antijurídica'?) de los ciudadanos es un reflejo del comportamiento de los gobiernos. Ya hemos hablado de esto en párrafos anteriores, por ello ahora nos limitaremos a señalar que el desprecio a las normas de la Ley Fundamental es una de las causas del fracaso de las programáticas.

Clasificamos al anticonstitucionalismo como traba endógena en uno de sus aspectos: la falta de mecanismos implementados por la misma Constitución destinados a exigir el cumplimiento de los mandatos programáticos la cual promueve la impunidad del legislador ordinario o, dicho con palabras casi paradojales, esta falencia promueve desde la misma Constitución el anticonstitucionalismo.

Por eso es que predicamos la implementación de instrumentos tales como la inconstitucionalidad por omisión que sirvan para reclamar de nuestros poderes el cumplimiento de la Constitución.

3.2 – Trabas exógenas

Consideramos exógenas a aquellas dificultades que nacen fuera de la norma constitucional programática y que la conducen al fracaso.

3.2.a – Anticonstitucionalismo de los poderes constituidos y de la comunidad

Las cláusulas programáticas pueden fracasar cuando no se las respeta desde los órganos legisferantes o desde la ciudadanía. Este problema generalmente concurre con la ausencia constitucional de mecanismos para exigir el cumplimiento.

Consideramos exógeno al anticonstitucionalismo en los siguientes supuestos:

* El legislador ordinario desoye las órdenes del constituyente, o bien las oye pero, como dice Sagüés, “como si ellas fuesen directivas dirigidas a seres de otro mundo”[cxcv].

* No hay sanción alguna contra el legislador incumplente: ni judicial, ni moral, ni social. “No existe sanción ni responsabilidad jurídica alguna para el legislador que dejare sin cumplimiento las cláusulas programáticas que el constituyente ha proclamado. Como se comprende, la responsabilidad moral en que podría incurrir el legislador ante su propio partido es totalmente extraña al tema y, por lo demás, no se advierte que se haya hecho efectiva ni en el país ni en el extranjero.”[cxcvi]

Coincidiendo con lo dicho por Sagüés en el artículo ya multicitado, digamos que la comunidad, harta de desplantes del legislador, termina por creer que la imperatividad constitucional implica sólo una invitación, un consejo, una chanza hacia los miembros del Parlamento.

Con el paso del tiempo, la falta de difusión (deber que tendrían que asumir principalmente los hombres del derecho), la contumacia del legislador, el cansancio borreguil de los pueblos y la inacción de los juristas, conspiran contra la cláusula programática y la sociedad se olvida de ella haciéndola caer en el olvido más absoluto.

3.2.b – Desobediencia ejecutiva

En algunos casos el legislador ha dictado la norma reglamentaria de la cláusula programática pero las autoridades encargadas de ponerla en práctica no lo hacen y esto, sumado a la despreocupación de los creadores de leyes por modificarlas de forma tal que sean cumplidas, lleva a las cláusulas programáticas al malogro.

4 – Injusticia intrínseca o graves circunstancias de bien común. Crítica de la solución.

Sagüés considera que “si la cláusula programática es intrínsecamente injusta, vale decir, ilegítima, no es bueno que sea eficaz (tal sería, por vía de hipótesis, un principio constitucional racista, v.gr.). En tal caso, lo correcto es que el legislador infraconstitucional no la regulase, a fin de mantener a aquella cláusula en el marco de la mera impotencia programática. Del mismo modo, si reales y graves circunstancias de bien común aconsejan no implementar un artículo constitucional

programático que de por sí no es injusto, la prudencia política sugiere no dictar, hasta tanto no sea propicio, la ley infraconstitucional regulatoria, pase el tiempo que pase."[cxcvii]

Nos permitiremos disentir con el maestro rosarino. Respecto a que esto ocurra debemos admitir su posibilidad: el mejor ejemplo está en los artículos 47 y 97 (por remisión) de la Constitución de 1853 que exigían la renta de 2000 pesos fuertes para ser senador o ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como en el viejo artículo 76 que requería al presidente y vicepresidente pertenecer a la comunión Católica Apostólica Romana y (por remisión) gozar de igual renta. Estas cláusulas, si bien no eran programáticas en sentido estricto, por ser injustas e inconvenientes a la unidad nacional, así como a los principios republicanos y democráticos, era conveniente mantenerlas en la ineficacia; lo contrario hubiese sido reglamentar cómo se probaba el cumplimiento de estos requisitos.

Sin embargo coincidiremos con el doctor Bazán en que "la ilegitimidad o la injusticia intrínseca constituyen referencias suprapositivas"[cxcviii] y por tanto inadmisibles. No podemos admitir, por nuestro obsesivo respeto a las normas de la Constitución, que el legislador se arrogue el derecho a efectuar un juicio axiológico de las normas constitucionales, para terminar cayendo en el anticonstitucionalismo que hemos fustigado supra[cxcix]. Esto de la posible 'inconstitucionalidad de la Constitución' (contradictorio a primera vista) nos suena más a juego de palabras que a planteo jurídico.

Digámoslo claramente por enésima vez: si el legislador ordinario recibe una orden debe cumplirla aunque le parezca atroz, el único recurso que tiene para desoírla es declarar la necesidad de reforma de la Constitución en dicho punto, mediante el procedimiento del artículo 30. Pero hasta entonces no hay ninguna consideración, de ningún poder constituido, que pueda devenir en la desobediencia al Poder Constituyente.

5 – Las normas programáticas constitucionales y la inconstitucionalidad por omisión.

Hemos hecho este racconto porque entendemos que las cláusulas programáticas encierran las promesas que, en una compleja interacción, el constituyente hizo al pueblo y éste quiso asegurarse mediante la Constitución.

Montesquieu ya nos había advertido contra el problema de la inactividad de su Poder Legislativo "Si el cuerpo legislativo no se reuniera en asamblea durante un espacio de tiempo considerable, no habría libertad, pues sucederían una de estas dos cosas: o no existirían resoluciones legislativas, en cuyo caso el Estado caería en la anarquía, o dichas resoluciones serían tomadas por el poder ejecutivo, que se haría absoluto."[cc]

Más cerca nuestro, Alberdi también entendía que el secreto del cumplimiento de la Constitución estaba en las leyes infraconstitucionales: “No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables, pero que, admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma todo el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete.”[cci] A este constitucionalista argentino por antonomasia no se le había ocurrido que el legislador también podía no dictar las leyes que eran necesarias, limitando también así las libertades.

Estamos en una época de crisis de las promesas, acentuada por la reforma de 1994, donde el constituyente desvergonzadamente promete, sin intenciones de ver concretados sus ofrecimientos, sus espejismos, sus espejitos de colores; el legislador no hace nada para dar eficacia a lo augurado y el pueblo carece de armas y de información suficientes como para exigir la concreción de la realidad esperada. Por eso nuestra misión como hombres del derecho en el fin de siglo es identificar claramente las promesas del constituyente e instrumentar los remedios jurídicos necesarios frente a la inercia legislativa. Por eso proponemos la institucionalización de la inconstitucionalidad omisiva como herramienta simple y contundente que nos acerque al día en que podamos gozar de los beneficios de la Constitución, nosotros, nuestra posteridad y todos los hombres del mundo que quieran habitar en suelo argentino.

Capítulo III: La Figura Genérica de la inconstitucionalidad por omisión.

1 – 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.

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).[ccii]

Así, cuando la Constitución ordena que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso…”[cciii] está generando una prohibición de hacer, una obligación de no hacer; el legislador la violaría con un comportamiento positivo consistente en regular procesos que contravengan este mandato. Pero si el precepto constitucional dice que “El Congreso (…) sancionará una ley reglamentaria”[cciv] “…deberá ser aprobada dentro de los dieciocho meses…”[ccv], está imponiendo un comportamiento

positivo, una obligación de hacer; que el legislador viola cuando no sanciona la ley, cuando no hace, cuando tiene un comportamiento negativo.
Decimos entonces que 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
En este punto clasificatorio seguiremos en las grandes líneas a Sagüés, a cuyo trabajo remitimos[ccvi].
2.1 – Según el destinatario constitucional del acto omitido.
Debemos decir que la primera distinción que cabe hacer es entre
a) Omisiones inconstitucionales de contenido individual:
generalmente se encuentran en actos del Ejecutivo, pero puede ocurrir que la administración de alguno de los otros poderes no concrete actos que afectan a un individuo estando obligada a hacerlo.
b) Omisiones inconstitucionales de contenido general:
comúnmente se le achacan al Poder Legislativo que es quien tiene la facultad jurígena original, pero puede ocurrir que los otros poderes, estando forzados a legislar algún aspecto que les es propio, no lo hagan.
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.
Sagüés[ccvii] habla también de un tercer grupo de omisiones: de tipo individual pero de corte político, como serían la falta de designación de presidente, o de un ministro, o la aceptación de los pliegos de un legislador cuando constitucionalmente es obligatorio hacerlo. Nos enseña que este caso no ha sido suficientemente estudiado e incluso se lo ha considerado fuera del derecho, y cita a Jellinek quien afirmaba que “lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica”. Finalmente nos indica que estas transgresiones se resuelven mediante mecanismos tales como el impeachment u otros de responsabilidad política (voto de censura, juicio político, derrota eleccionaria).
Sin embargo nos tomaremos el atrevimiento de contradecir, aunque sólo formalmente, al maestro rosarino: este tercer tipo de omisiones debe encuadrarse dentro de la categoría b) ya que implican un agravio de carácter general, es la ciudadanía toda la interesada en que las instituciones funcionen como la Constitución manda aunque no haya un “Juan Pérez, afectado”. Así entraremos en

el camino de un control judicial más estricto y lograremos desterrar otra perniciosa idea como la de las cuestiones políticas no judiciables.

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.

2.2.1 – Omisiones del Poder Ejecutivo

El Ejecutivo puede omitir inconstitucionalmente un pronunciamiento mediante cualquiera de sus órganos afectando a un individuo, sujeto pasivo en una relación administrativa. Estos son los silencios de la administración que han dado lugar al amparo por mora administrativa así como al writ of mandamus y al mandamiento de ejecución. Aquí entran las hipótesis propuestas por Bidart Campos[ccviii]: un individuo a quien se le niega arbitrariamente la concesión de un pasaporte lesionándose su derecho a viajar al extranjero, o la demora en contestar un petitorio presentado en sede administrativa.

La otra posibilidad es que el Ejecutivo no dicte normas de contenido general cuando está obligado constitucionalmente a hacerlo. Nuestra Constitución nacional, como la mayoría, no concede facultades de normación al Ejecutivo, ya que las normas programáticas se encomiendan, para su concreción, al legislador.

Sin embargo hay algunos supuestos donde el poder Ejecutivo se ve constreñido a legislar, caso en el cual si incumple la obligación se configurará la inconstitucionalidad por omisión.

El Congreso puede haberle delegado alguna tarea legisferante[ccix], tal como la ley 23.737 de estupefacientes[ccx] en el artículo 77 in fine del Código Penal, requiere del Poder Ejecutivo Nacional la confección y actualización de la lista de estupefacientes. Aquí tenemos un caso en que hay obligación de legislar, ya que sin esa lista la ley no funciona pues no habría ninguna sustancia considerada estupefaciente.

También el Ejecutivo puede estar obligado a reglamentar alguna ley[ccxi] para operativizar alguno de sus aspectos.

La tercera posibilidad en nuestra Constitución es que el poder Ejecutivo se encuentre en circunstancias fácticas tales que se vea forzado a legislar mediante un decreto de necesidad y urgencia en las materias que ella autoriza[ccxii].

Esta última es, probablemente, la suposición más interesante, ya que el uso de los decretos es una facultad del Ejecutivo no fomentada por la Constitución, pero… imaginemos un caso:

Un informe científico, veraz y confirmado, anuncia que determinado aparato causará, en cuarenta y ocho horas, un daño irreparable al sistema de transmisión por ondas satelitales. Es urgente una ley que prohiba la venta de estos aparatos y

autorice la confiscación inmediata de todos los que se encuentren en los comercios e incluso en las casas de familia.
Aquí vemos reunidos todos los requisitos del artículo 99 inciso 3: la circunstancia es excepcional, de necesidad y urgencia, hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, y no se trata de materia penal, tributaria, electoral o partidaria,. Ante esta situación ¿el Ejecutivo se halla obligado a normar?. Creemos que ha de responderse afirmativamente.
2.2.2 – Omisiones del Poder Legislativo
Este es el eje de nuestro trabajo y por ello lo vamos a analizar más detenidamente en los siguientes capítulos.
Digamos aquí que el Legislativo puede incurrir en omisión al no dictar normas de destinatario individualizado (administración interna del Congreso, confirmación de un decreto de necesidad y urgencia con contenido individual, etc.).
Pero, siendo su función constitucional primaria el dictado de normas generales, cuando la Constitución programa determinada realidad (normas programáticas) que el legislador no plasma mediante la reglamentación adecuada, aparece la omisión inconstitucional típica: la omisión legislativa general.
2.2.3 – Omisiones del Poder Judicial
Es muy poco estudiada la inconstitucionalidad omisiva de la judicatura pues, es cierto, no tiene funciones jurígenas generales.
La omisión inconstitucional típica de los jueces es no dictar sentencia, norma de contenido individual, lo cual se ha resuelto en casi todos los sistemas procesales mediante los recursos de queja por retardada justicia.
En cuanto a normas generales es posible entender que el Consejo de la Magistratura incurra en inconstitucionalidad por defecto cuando no dicte las normas necesarias para la administración del Poder Judicial y la selección de los magistrados[ccxiii]; o la Corte Suprema cuando no dicte su reglamento interior[ccxiv]. Asimismo, para quienes defienden la obligatoriedad general de los fallos de la Corte, debe entenderse que incurre en inconstitucionalidad omisiva cuando no sentencia en casos donde establecería jurisprudencia.
Capítulo IV: La inconstitucionalidad por omisión del legislador. Ingredientes definitorios de la figura.
Siguiendo al doctor Bazán[ccxv] vamos a delinear los elementos tipificadores de la omisión constitucional.
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 (llamado a elecciones, nombramiento, trámite adecuado) 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.

1.1 – Una distinción

Establezcamos una diferenciación: los mandatos constitucionales pueden ser: completos, indicativos o funcionales. Todos sin embargo deben ser cumplidos.
Esta distinción que proponemos puede resultar útil a la hora de juzgar de qué manera pesa el deber sobre el legislador y qué libertad de criterio tiene a la hora de concretar la norma.

1.1.a – Mandatos completos

Los mandatos completos son imperativos en lo temporal y en lo esencial. Así, cuando la Constitución Nacional dice que el jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires será elegido directamente por el pueblo[ccxvi] durante el año 1995[ccxvii], el órgano obligado (convención constituyente de la ciudad, legislatura y, en su caso, justicia electoral) no sólo no puede negarse a establecer la elección de jefe de gobierno sino que no puede regular un sistema de elección por colegio electoral y debe concretar la elección antes del fin del año 1995. Un caso similar es el de la iniciativa popular[ccxviii].

1.1.b – Mandatos indicativos

El mandato es indicativo cuando es imperativo en cuanto al tiempo o en cuanto a la esencia. Como un caso de determinación esencial pero no temporal tenemos el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución que obliga a dictar leyes sobre naturalización y nacionalidad con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina. El contenido está indicado, no el tiempo. Queda librado a su criterio el momento oportuno.
El caso de determinación temporal pero no esencial es más raro, creemos ver un supuesto en el artículo 75 inciso 2 que exige una ley convenio de coparticipación sin avanzar demasiado sobre su contenido esencial, en tanto que la disposición transitoria sexta establece que la ley deberá completarse antes de la finalización de 1996.

1.1.c – Mandatos funcionales

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. Así cláusulas tales como las referentes a fijar las fuerzas armadas, dictar las normas para su funcionamiento y

proveer los empleos militares[ccxix], la reglamentación de la consulta popular[ccxx], entre otros, son mandatos funcionales, que no son imperativos ni en cuanto al tiempo ni en cuanto a la esencia.

1.2 – En síntesis

Decimos entonces que el mandato normativo ha de ser expreso, para situar al legislador en el lugar de obligado, y habilitar así el control de la inconstitucionalidad por omisión. Pero puede ser completo, indicativo o funcional, siempre que no se pierda de vista la mayor o menor libertad de criterio que la Constitución brinda pero lo que no puede el legislador es hacer oídos sordos a estos mandatos.

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.

La doctrina ha discutido el problema de los plazos, a saber: ¿desde cuándo puede considerarse omisiva la conducta del obligado?. Consideramos que a estos fines se ha de tener en cuenta la imperatividad del mandato: así un mandato completo sería exigible vía control 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.

Sin embargo, debemos admitir que hay plazos formulados de manera más o menos clara. Hay plazos estrictos (varias disposiciones transitorias), hay otros 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 con lo cual se los puede obedecer o desobedecer en cualquier tiempo (afianzar la justicia)[ccxxi].

Los plazos estrictos conllevan a reputar inconstitucional la omisión del legislador ni bien se cumplen, los difusos dificultan grandemente la evaluación del incumplimiento con lo cual los preceptos que integran son de difícil exigibilidad. En cambio los plazos que se defieren al Congreso son exigibles cuando los jueces perciben que ya se han dado las condiciones fácticas que requiere el precepto, y son sobre los que más ha trabajado la jurisprudencia internacional[ccxxii].

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 ya apuntada de ampliar el acceso a la jurisdicción.
Exigir la subjetividad de la afección es tornar ilusoria la defensa de la Constitución, no podemos buscar un perjudicado directo por el no establecimiento del juicio por jurados o por la no reglamentación de un tratado de derechos humanos o de cualquier otro instituto constitucional. Nuestra jurisprudencia lo ha ido entendiendo así progresivamente y ha admitido las demandas por intereses difusos.
Nosotros 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.
Se nos dirá que la no reglamentación de la iniciativa popular del artículo 39 no causa un daño grave demostrable a nadie. Sin embargo esto nos condena a todos a permanecer como espectadores frente al Congreso mientras que la Constitución quiso que seamos activos interventores en la actividad legislativa ¿no es esto un daño?.
Digamos, en todo caso, que el daño recae sobre la voluntad de una nación expresada en su ley fundamental.
5 – Materia sujeta a contralor
Hemos dicho ya que la omisión puede recaer sobre una norma programática de la Constitución formal o de la Constitución material, pero Bazán nos plantea un interrogante inquietante: “¿Qué sucedería en el supuesto de que la norma exigida hubiera sido dictada, pero resultara insuficiente para dotar de andamiento efectivo general al derecho o garantía que vehiculiza, excluyendo a algunos de lo que a otros acuerda? y ¿quedaría habilitado el control de la constitucionalidad omisiva en las normas de prognosis?”[ccxxiii]
5.A – Omisiones absolutas y relativas

La omisión absoluta se configura 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[ccxxiv]. Si la exclusión es voluntaria estaríamos ante un caso de inconstitucionalidad positiva, pero si es involuntaria entramos en el campo de la inconstitucionalidad omisiva[ccxxv].
Sin duda en el caso de la norma limitativa (omisión relativa) se debe admitir el control constitucional por omisión ya que la voluntad de la Constitución se ha tergiversado convirtiéndola en taxativa allí donde no lo era.
5.B – Prognosis errónea
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 norma también ha de ser revisada en su constitucionalidad a fin de adecuar la situación actual a la exigencia constitucional, pues el legislator ha caído en inconstitucionalidad omisiva a causa de los cambios.
Probablemente este sea el supuesto que más aceptación ha tenido en la jurisprudencia argentina, conocidos son numerosos casos[ccxxvi] referentes a actualización de la remuneración de los jueces; la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada totalmente por conjueces, resolvió reiteradamente que se omitía el cumplimiento de la obligación constitucional del artículo 110 de mantener la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales, ya que las sucesivas depreciaciones del poder adquisitivo conducían a una disminución del valor real del salario. Luego veremos con mayor detalle esta jurisprudencia.
Capítulo V: La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado Internacional. Normas y Jurisprudencia.
A nuestra investigación del Derecho Constitucional extranjero le sumaremos ahora algunos datos de Bazán[ccxxvii] y Sagüés[ccxxviii], para dar un pantallazo de la omisión inconstitucional en el mundo.
Empecemos con una cita de Miranda quien señala la extensión del control de la inconstitucionalidad omisiva en el mundo: “En Alemania, Austria e Italia, a pesar de no contar con una norma constitucional expresa que instituya el control, los respectivos Tribunales Constitucionales han conseguido llegar a resultados muy semejantes, mediante técnicas depuradas de interpretación e integración (a través

de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas): a partir de la apreciación de la inconstitucionalidad por acción hacen verdadera apreciación de la inconstitucionalidad no ya por aquello que prescribe, sino por aquello que no prescribe. Algo semejante comienza a verificarse más recientemente en España. También en los Estados Unidos, los tribunales han ejercido, y con frecuencia, el poder de solicitar a los órganos legislativos que aprueben las leyes que consideran necesarias; declarando derechos constitucionales o fundamentales de los ciudadanos, esperan que el Congreso o las asambleas legislativas de los estados adopten, seguidamente, las medidas legislativas destinadas a asegurar su ejercicio. O es el supremo tribunal el que descubre un derecho nuevo, al abrigo de la IX enmienda."[ccxxix]

1 – Yugoslavia

La hoy disuelta República Federativa Socialista de Yugoslavia fue la primera en prever constitucionalmente el remedio a la inconstitucionalidad por omisión.

La Constitución de 1974, la cuarta desde la Segunda Guerra Mundial, dictada aún bajo el gobierno vitalicio de Josip Broz ("el mariscal Tito"), refuerza el poder del gobierno central pero a la vez intenta algún avance en lo referido a los derechos y su exigibilidad.

Artículo 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Federativa Socialista de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ellos a la Asamblea de la República.

En principio, el control es de oficio, el sujeto controlado es amplio (un órgano competente), la materia controlable es amplísima ya que la omisión puede configurarse por no operativizar normas constitucionales, leyes, disposiciones e incluso 'actos generales federales' (?).

Esta disposición únicamente genera, en caso de inconstitucionalidad negativa, un informe del Tribunal a la Asamblea. El efecto buscado es la promoción del debate y evitar el olvido de los legisladores y del pueblo respecto a las promesas constitucionales. Incluso el Tribunal tenía facultades para presentar proyectos de ley en estos casos.

Sin duda la normativa, aunque poco prolija e incluida en un régimen de gobierno con características dictatoriales, fue un buen primer intento por lograr la efectivización de las promesas. El constituyente yugoslavo tuvo la vergüenza necesaria como para darse cuenta de que si prometía una realidad a concretar debía instrumentar alguna forma de asegurar el cumplimiento.

2 – Portugal

2.1 – 1976

2.1.A) Normativa constitucional

El 2 de abril de 1976 el derecho portugués se puso al frente de las constituciones que buscaban medios para asegurar su cumplimiento. Este texto, hoy modificado, rezaba así:

Artículo 279: Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable.

Aquí es el Consejo de la Revolución, órgano estudiado supra[ccxxx], quien, de oficio, al advertir el incumplimiento, puede "recomendar" (efectos mínimos) que se dicten las normas necesarias. El órgano controlado es únicamente el Poder Legislativo y la materia controlable se ciñe a "medidas legislativas".

2.1.B) Jurisprudencia

El consejo de la Revolución usó sólo dos veces la figura, reclamando legislación sobre: organizaciones de ideología fascista (resolución nº 105 del 16 de mayo de 1977) y trabajadores del servicio doméstico (resolución nº 56 del 18 de abril de 1978).

2.2 – 1982

2.2.A) Normativa constitucional

La actual Constitución portuguesa, de 1982, dice:

"De la inconstitucionalidad por omisión

Artículo 283: 1) a requerimiento del presidente de la República, del proveedor de Justicia, o, con fundamento en la violación de los derechos de las regiones autónomas, los presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales. 2) Cuando el Tribunal Constitucional verifica la existencia de inconstitucionalidad por omisión lo comunicará al órgano Legislativo competente."

En el texto vigente el controlador ya ha sido reemplazado por un tribunal inspirado en el modelo kelseniano. La legitimación activa es limitada: el Presidente de la República y el proveedor de Justicia para la generalidad de los asuntos y, respecto a la violación de los derechos de las regiones autónomas por omisión, los legitimados son los presidentes de las Asambleas regionales. Los efectos siguen siendo meramente recomendatorios, el sujeto controlado y la materia controlable se siguen limitando a lo Legislativo.

2.2.B) Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha tenido una amplia jurisprudencia, señera en el tema.

Bástenos señalar el acuerdo nº 423 del 26 de noviembre de 1987 donde se comunicaba al Poder Legislativo que había omisión inconstitucional relativa, al no regular parejamente la enseñanza religiosa católica y la de otras confesiones. Mediante acuerdo nº 182 del 2 de marzo de 1989 dio por comprobado el incumplimiento de la Constitución por omisión de la medida legislativa necesaria para operativizar la defensa contra el tratamiento informatizado de datos personales (nuestro habeas data).

3 – Brasil

Permítasenos decir que su Constitución de 1988, primera latinoamericana en consagrar el instituto que estudiamos, pese a seguir los lineamientos doctrinarios portugueses supera a su 'madre patria', a tal punto que consideramos que la brasilera es la más avanzada de las normativas que hemos podido conocer, en lo que a control de constitucionalidad se refiere. Sin duda otros países tendrán un gran desarrollo del tema a nivel jurisprudencial (principalmente Alemania) pero, en la Constitución de la nación hermana, hemos encontrado un sistema decididamente organizado para combatir los derechos imposibles, las promesas vanas, aunque probablemente la práctica no esté todavía a la altura de la normativa.

Estudiaremos ahora los tres institutos que la Constitución brasilera consagra.

3.1 – Normativa constitucional[ccxxxi]

Artículo 5, inc. LXXI: se concederá el mandato de injunção siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.

Artículo 97: Solamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo del poder público.

Artículo 102: Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución, cabiéndole:

1 – procesar y juzgar, originariamente:

a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal;

p) el pedido de medida cautelar de las acciones directas de inconstitucionalidad;

q) el mandato de injunção, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de la mesa de una de esas Casas Legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores, o del propio Supremo Tribunal Federal.

2 – juzgar, en recurso ordinario:
a) (...) el mandato de injunção, decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la decisión fue denegatoria;
Artículo 103: Pueden plantear la acción de inconstitucionalidad:
I – el Presidente de la República
II – la Mesa del Senado Federal
III – la Mesa de la Cámara de Diputados
IV – la Mesa de la Asamblea Legislativa
V – el Gobernador estatal
VI – el Procurador General de la República
VII – el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil
VIII – partido político con representación en el Congreso nacional
VIII – confederación sindical o entidad de clase del ámbito nacional.
§ 2: Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para hacerlo en treinta días
Artículo 105: Compete al Superior Tribunal de Justicia:
1 – procesar y juzgar, originariamente:
h) el mandato de injunção, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución de órgano, entidad o autoridad federal, de administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de Justicia Militar, de la Justicia Electoral., de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal.
3.2 – Comentarios
Distingamos, ante todo, las tres instituciones: acción declaratoria de constitucionalidad, acción directa de inconstitucionalidad y mandato de injunção.
3.2.A) Acción declaratoria de constitucionalidad
De ella, en razón de los fines de nuestro trabajo, no nos ocuparemos, baste decir que es una salvaguarda de los órganos de gobierno contra futuros planteos de inconstitucionalidad y que tiene efectos erga omnes (artículo 102, § 2).
3.2.B) Acción directa de inconstitucionalidad
De ella trata principalmente el transcripto artículo 103. Digamos que es el medio hábil para promover la declaración de la inconstitucionalidad por omisión.
Los legitimados activamente están taxativamente enumerados pero la nómina es amplia.
Los efectos respecto del poder incumplente que debe legislar son recomendatorios, pero respecto a los órganos administrativos son conminatorios (treinta días), pero

no hay ninguna sanción prevista, lo que resta fuerza a la resolución.
La materia controlable es amplísima (medidas), pero siempre que la afección resulte general, ya que si el perjuicio es personalizado se deberá acudir al mandato de injunção.
El catálogo de sujetos controlados también es amplio (cualquier órgano legisferante o administrativo). La competencia es atribuida al Supremo Tribunal Federal.
3.2.C) Mandato de injunção
Esta figura menor se distingue de la anterior por la materia: intenta controlar las omisiones dañinas a los derechos y libertades personales, surtiendo efectos condenatorios pero inter partes.
La competencia se divide entre el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia en casos especiales, el resto de los supuestos son resueltos promiscuamente por toda la judicatura (arts. 102, 1, q y 105, 1, h).
Los legitimados activos aquí son todos los ciudadanos perjudicados por la omisión y los pasivos son los órganos competentes para elaborar la norma (artículo5, inc. LXXI).
3.2.D) Críticas comunes
Como anticipamos nos parece muy bueno el sistema brasileño, aunque mejorable.
Es de muy buena técnica legislativa el sistema de división de competencias que hemos transcripto, pero sin duda sería todo más fácil si se hubiese constituido un Tribunal Constitucional, especialista, aunque el Supremo Tribunal Federal intenta serlo, pero cumple funciones de Corte Suprema, resolviendo incluso conflictos de competencia jurisdiccional (artículo 102, 1, o).
La exigencia de que la inconstitucionalidad se resuelva por mayoría absoluta de votos nos parece acertada, como también lo es la autorización para ordenar medidas cautelares en la acción de inconstitucionalidad.
Pero sin duda la brecha del sistema está en no otorgar efectos aditivos a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad por omisión, ni tampoco facultades indemnizadoras al juez.
Sin embargo nuestro análisis es positivo para esta Constitución que se pone al frente en la lucha por la materialización de las promesas.
4 – Alemania
Esta nación, cuna del concepto de inconstitucionalidad por omisión, ha tenido un gran desarrollo del tema por parte de su Tribunal Constitucional.
La primer sentencia sobre el tema fue de la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania en 1953. La Ley Fundamental de 1949 determinó que todas las normas infraconstitucionales que discriminaban entre hombres y mujeres debían ser modificadas antes del 31 de marzo de 1953. El 18 de diciembre de ese año la

Corte Constitucional decidió que dejaban de ser aplicables todas las normas opuestas a la norma constitucional programática no reglamentada, porque el legislador había omitido su modificación.
Otro caso muy comentado por nuestra doctrina es el fallado por esta Corte el 29 de enero de 1969. La Ley Fundamental alemana ordena que la legislación debe dispensar a los hijos naturales el mismo trato que a los legítimos. Habiendo pasado casi 20 años desde la vigencia de la norma constitucional sin que el legislador haya cumplido el mandato, llegó a este tribunal un caso donde se planteaba la omisión (que sería de la especie que estudiáramos supra[ccxxxii] como relativa).
La Corte sentó entonces la doctrina que hoy se extiende por el mundo del derecho: el Poder Legislativo viola la Constitución tanto si promulga leyes contrarias a la Constitución como si, dentro de un plazo prudente, no promulga las leyes que la misma requiere.
En el caso, entendió que el plazo de 20 años había sido más que prudente, por lo cual dispuso que la preceptiva constitucional sea directamente aplicable con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias contenidas en las leyes ordinarias.
En otro caso, ya en 1987, un hemofílico cuestionó ante el Tribunal las medidas de protección contra el SIDA que el gobierno implementaba, pero el Tribunal resolvió que podía decidir en el caso de que no hubiese ninguna medida de salud (ausencia total de normas) pero, siendo que había disposiciones al respecto, se declaró incompetente para efectuar juicios de mérito sobre las medidas existentes. Salvo, claro está, que al regular haya ocurrido una inconstitucionalidad por omisión relativa (si se protegía a ciertos grupos y a otros no).
Asimismo es de destacar que el Tribunal siempre tiene una sentencia doble: primero exige la reglamentación de la norma fijando un plazo prudente para ello (proceso de concreción), si esto no ocurre el Tribunal resolverá integrando el orden normativo y sancionando al órgano incumplente.
5 – Italia
Habiendo organizado desde 1947 su control constitucional según el modelo austríaco, Italia ha tenido una importante jurisprudencia sobre el tema. En este punto seguiremos principalmente al doctor Kiper que ha hecho un profundo estudio del derecho italiano[ccxxxiii].
La Corte Costituzionale ha resuelto que ciertas normas no son inconstitucionales siempre que se les atribuya el sentido que ella fija. Así dicta sentencias por las cuales declara inconstitucionales algunas partes de las normas, dejando subsistente el resto o substituyendo lo impugnado o agregando algo para que no se caiga en la ilegitimidad.
Dice Kiper que, a pesar de las críticas de quienes ven en estas resoluciones una

invasión del juez constitucional en el Poder Legislativo, “el uso de estas sentencias alcanzó bastante frecuencia y es aceptado por el propio Parlamento, aun cuando genera indudables inconvenientes, especialmente en el ámbito financiero por faltar a la obligación instituida en el artículo 81, apartado IV de la Constitución, de indicar siempre con una ley los medios para hacer frente a nuevos o mayores impuestos, y en el penal, donde el artículo 125 de la Constitución establece la ‘reserva de la ley’ para configurar delitos o establecer penas.”[ccxxxiv]
Reseñaremos algunos casos:
En 15/1969 suplantó en el artículo 313 del Código Penal la exigencia de autorización del Ministro de Gracia y Justicia por la de la misma Corte Constitucional antes de proceder por el delito de vilipendio ocurrido en contra de la propia Corte.
En el fallo 177/1974 la Corte declaró inconstitucional el artículo 177 bis II del Código Procesal Penal por haber omitido el legislador la exigencia de nuevas investigaciones (principalmente en el lugar de nacimiento y en el último domicilio) previas a la declaración de inhallabilidad de un procesado, cuando no se tengan noticias precisas de su demora. Así derogó la posibilidad de declarar prófugo sin estas investigaciones.
La sentencia 27/1975 declaró inconstitucional (por omisión relativa) el artículo 546 del Código Penal, por no haber previsto el legislador que el embarazo pueda ser interrumpido cuando la ulterior gestación implique daño o grave peligro, médicamente comprobado e inevitable por otros medios, para la salud de la madre (aborto terapéutico) e incluyó este supuesto mediante su sentencia.
6 – España
Su Tribunal Constitucional ha desarrollado el instituto basado principalmente en el primer inciso del artículo 149 de la Constitución española:
ART. 149
1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
1º – La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.
Así en 1982[ccxxxv] resolvió que era inconstitucional (por omisión relativa) que se omitiera a los varones de la pensión por viudez.
Pero sin duda el fallo más importante ha sido teniendo en cuenta el siguiente texto constitucional
ART. 30
2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulara, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una

prestación social sustitutoria.
No habiéndose dictado la ley exigida sobre objeción de conciencia, el Tribunal Constitucional entendió que el mandato del legislador se vinculaba a un derecho fundamental de carácter subjetivo que no podía ser negado sólo porque el legislador no actuaba. Así fue como el tribunal, por sí mismo, admitió la objeción de conciencia como causa de no realización del servicio militar.[ccxxxvi]
7 – Estados Unidos de Norteamérica
La jurisprudencia de este país ha ido avanzando en lo que atañe al control de la inconstitucionalidad omisiva. Esta tendencia a asumir abiertamente un rol Legislativo en defensa de los derechos se adoptó desde 1937.
El antecedente más importante lo encontramos en el caso “Baker vs. Carr” de 1962: la legislatura del estado de Tennessee no dictaba un régimen electoral para reemplazar al existente que, a juicio del accionante, no era representativo de la base poblacional. El Tribunal resolvió sustituir a Poder Legislativo, modificando la normativa en cuestión.
Incluso la Corte norteamericana se apartó aquí de su teoría de las cuestiones políticas no judiciables aclarando que, si bien el momento en que el legislador debe dictar una norma y el contenido que le atribuye son una cuestión, en principio, discrecional del poder, deja de serlo cuando afecta derechos judicialmente protegidos de los individuos.
8 – Suiza
No hemos encontrado información respecto a su control de constitucionalidad, pero es de interés uno de los artículos de su Código Civil que consagra la facultad integradora en los casos de falta de norma. Veámoslo:
“En todos los casos no previstos por la ley, el juez decidirá según la costumbre, y en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviese que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizadas.”[ccxxxvii]
Es sin duda una regla integrativa que nos será de utilidad a la hora de proponer dicha actividad judicial frente a la omisión legislativa.
Capítulo VI: La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Constitucional provincial argentino.
He aquí uno de los puntos que más nos interesa: las primeras aperturas de nuestro Derecho Constitucional al instituto que estudiamos. Cabe aclarar desde el principio que sólo la provincia de Río Negro ha incluido en su Constitución la inconstitucionalidad por omisión y, por ello, estudiaremos primero su situación.
1 – Río Negro (3 de junio de 1988)
1.1 – Normativa constitucional

Operatividad
Artículo 14: Los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. El Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades.
Mandamiento de Ejecución
Artículo 44: Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.
Mandamiento de Prohibición
Artículo 45: Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare actos prohibidos por esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por vía y procedimiento establecidos en el artículo anterior, un mandamiento judicial que se librará al funcionario o ente público del caso.
Artículo 207: El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones:
1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyen sobre materias regidas por esta Constitución y que se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual.
2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos:
d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los Municipios, la demanda puede ser ejercida exenta de cargos fiscales por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.
1.2 – La idea
La Constitución rionegrina ha constituido un sistema basado en la realizabilidad de

las promesas, conforme a los principios expresados en el artículo 14 ya transcripto. Ha consagrado institutos que aparecen por primera vez en nuestro país, y por ello su texto queda “convocado a permanente cita futura en el derecho argentino”[ccxxxviii].

Digamos primeramente que es necesario distinguir dos figuras:
los mandamus[ccxxxix], de ejecución o de prohibición y la acción de inconstitucionalidad por omisión.

1.3 – Mandamus

Los mandamientos están destinados a asegurar el cumplimiento correcto de deberes contenidos en la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones, por parte de funcionarios u órganos administrativos.

El procedimiento es el mismo en ambas subespecies. Está legitimada activamente toda persona cuyo derecho resultare afectado y pasivamente todo funcionario o ente público administrativo. Lo incumplido debe ser un deber concreto en la violación por omisión de la norma (44); en cambio en la violación positiva (45) la realización de cualquier acto prohibido por una norma habilita el ejercicio de la acción.

La finalidad del mandamus de prohibición es advertir al órgano que se abstenga de realizar actos prohibidos[ccxl], tiene efectos meramente recomendatorios pues la Constitución no ha previsto (ni la jurisprudencia ha utilizado) mecanismos para asegurar la inactividad violatoria.

A su turno, el mandamiento de ejecución intenta remediar la omisión del poder Ejecutivo a través de cualquiera de sus órganos en aspectos meramente administrativos (si la omisión del Ejecutivo es en reglamentar deberá usarse la acción de inconstitucionalidad por omisión).

La norma constitucional (artículo 44) es confusa en cuanto a los efectos de la acción: primero habla de “demandar ante la justicia la ejecución inmediata de los actos” que nos da una idea de efectividad absoluta, de facultades casi ejecutivas en manos de la justicia, pero luego dice solamente que “el juez libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido”, con lo cual se queda sólo en la exigencia, en el reclamo, sin sanción alguna prevista en caso de que se persista en el incumplimiento.

1.4 – La acción de inconstitucionalidad por omisión

El 207 encarga al Superior Tribunal de Justicia de Río Negro el control del cumplimiento de la obligación de dictar normas. Lo que la jurisprudencia provincial denomina “inconstitucionalidad por mora”.

La jurisprudencia[ccxli] ha sentado la interpretación en cuanto al objeto: la hipótesis es que el Estado Provincial o los Municipios omitan cumplir la obligación de dictar

una norma que impone un deber concreto a dichos órganos.
Son legitimados pasivos el Estado Provincial y los municipios, siempre en lo que hace a su actividad legisferante. Los legitimados activos son todos aquellos que se sientan afectados en sus derechos individuales o colectivos (y litigan sin cargos fiscales), por lo cual el acceso a la jurisdicción es amplísimo y facilitado.
Digamos que en esta acción, contrariamente a lo que criticábamos del mandamus y del sistema brasilero, están a disposición del juez todos los instrumentos necesarios para remediar la omisión. Veamos esto en detalle.
Primero: se comprueba sumariamente el incumplimiento (esto lo incluimos por analogía con el artículo 44) y la procedencia o no de la acción.
Segundo: el Superior Tribunal de Justicia intima al órgano legisferante omitente a cumplir, en un plazo que le es fijado en el mismo acto.
Tercero: si, vencido el plazo, la norma no ha sido dictada, el tribunal llena la laguna normativa (“integra”) pero con efectos limitados al caso.
Cuarto: si no fuera posible dictar la norma, el tribunal debe fijar una indemnización a favor del perjudicado que deberá pagar el Poder Legislativo renuente. El monto estará de acuerdo al perjuicio probado por el accionante.
1.5 – Comentarios diversos
La jurisprudencia[ccxlii] sentó los requisitos básicos para promover la acción: urgencia, gravedad, peligro inminente e irreparabilidad del daño.
En cierto caso ya citado[ccxliii] se rechazó la acción de inconstitucionalidad porque el Poder Ejecutivo había delegado la reglamentación de una ley al Colegio Notarial el cual no era legitimado pasivo de la acción. Queremos dejar sentada nuestra postura contraria a esta solución: si el obligado a normar delega, subsiste su responsabilidad indirecta, él debe presionar al delegatario para que cumpla con su misión. De admitirse la solución propuesta por el Tribunal sería fácil burlar la acción con delegaciones más o menos reales y más o menos necesarias.
Como conclusión debemos decir que el sistema es muy bueno, sin embargo advertimos que, para asemejarse a nuestro sistema ideal, le falta un tribunal especializado (Tribunal Constitucional) y efectos erga omnes de la integración normativa que duren hasta tanto el legislador dicte la norma correspondiente.
2 – Tucumán
2.1 – Normativa constitucional
Artículo 134: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:
2. Entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse, sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquellos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando la circunstancias, fijará un plazo para que se

expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare.
4. Entender en las causas del artículo 5.[ccxliv]
2.2 – ¿Hay inconstitucionalidad por omisión del legislador en la Constitución tucumana?
Adelantemos un rotundo no. Alguna doctrina[ccxlv] creyó ver en la acción que regula el artículo 134, inciso 2, una acción de inconstitucionalidad por omisión, lo cual es un error ya que lo que allí observamos no tiene nada que ver con la Constitución.
Esta acción, que llamaremos “trámite de urgencia”[ccxlvi], no está referida a normas incumplidas de la Constitución sino sólo a proyectos que presenta el Poder Ejecutivo y sobre los que el Legislativo no se pronuncia. Por tanto es un disparate querer asimilar este trámite a una inconstitucionalidad.
Además esta figura no prevé un mecanismo para que el Poder Legislativo exija más tiempo de consideración, lo cual sería totalmente lógico siendo que no están en juego principios constitucionales.
2.3 – ¿Hay inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo?
Aquí creemos que la respuesta debe ser afirmativa. El trámite previsto en el artículo 5 por remisión del 134, inciso 4, está dirigido a sancionar al funcionario que viola las garantías constitucionales. Ya que la norma nada dice, nos es dable entender que la violación puede deberse tanto a un comportamiento positivo como a uno omisivo.
Cabe destacar también que la legitimación activa es amplísima.
Sin duda preferimos los sistemas donde el juez busca la forma de remediar el problema y no sólo sanciona. Pero sin duda que, aunque sea como amenaza, este instrumento puede llegar a significar un progreso digno de seguir a través de la jurisprudencia.
3 – Santa Fe
3.1 – Normativa Constitucional
Artículo 8: Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley.
Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad.
Artículo 17: Un recurso jurisdiccional de amparo, de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera

manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia, siempre que no pudieren utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave e irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos.
Artículo 93: Compete a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente, el conocimiento y resolución de:
1º Los recursos de inconstitucionalidad que se deduzcan contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores, sobre materias regidas por esta Constitución.
3.2 – Inconstitucionalidad por omisión de la Administración
Sin duda el recurso de amparo del artículo 17 es un medio idóneo para obtener declaración de inconstitucionalidad omisiva contra la administración.
El legitimado activo es amplio, entiéndese que lo está cualquier persona. El pasivo es amplio pero dentro de la esfera administrativa sea una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal, o bien una entidad o persona privada en ejercicio de funciones públicas.
El supuesto de hecho es que una decisión, acto u omisión amenace, restrinja o impida ilegítimamente, el ejercicio de un derecho de libertad reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia (léase: derecho subjetivo).
Los requisitos de admisibilidad son:
– imposibilidad de usar los remedios ordinarios por
– riesgo de daño grave e irreparable, e
– inexistencia de un recurso más específico
Entonces podemos decir que, si lo que se procura, tal como declama el artículo 8, es asegurar el pleno ejercicio de los derechos, debe entenderse que cuando la falta de acción de la administración los afecta, puede recurrirse al recurso del artículo 17.
3.3 – ¿Y la inconstitucionalidad por omisión legislativa?
Aparentemente nuestra Constitución provincial nada prevé contra este problema. El artículo 17 es muy claro en cuanto habla de “omisión de una autoridad administrativa” y por ello no podría extenderse al Poder Legislativo.
Sin embargo nada quita que sea posible lograr el control de la inconstitucionalidad omisiva del legislador mediante el recurso de inconstitucionalidad del artículo 93. Más aún en Santa Fe, donde las cláusulas programáticas de la Constitución de 1962 están reclamando ser cumplidas.[ccxlvii]
4 – Panorama final
Digamos para terminar este capítulo que Río Negro es la única provincia que

incluyó expresamente en su Constitución el instituto que estudiamos, Tucumán tiene un sistema de Tribunal Constitucional que augura interesantes avances a la hora de intentar implantar la inconstitucionalidad omisiva jurisprudencialmente y Santa Fe sólo contempla, como Tucumán y otras provincias, la omisión administrativa, pero deberá hacerse un concienzudo trabajo desde la doctrina, desde la práctica y desde la jurisprudencia, si se quiere lograr la concreción de las promesas.

Capítulo VII: La Inconstitucionalidad por omisión en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Siguiendo principalmente al doctor Bazán[ccxlviii] vamos a intentar una breve reseña del avance de la inconstitucionalidad omisiva en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

1 – “Bonorino Peró” y otros.

Como ya dijimos, en numerosos casos[ccxlix] referentes a la actualización de la remuneración de los jueces; la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada totalmente por conjueces[ccl], resolvió que se omitía el cumplimiento de la obligación constitucional del artículo 110 (ex 96) de mantener la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales, ya que las sucesivas depreciaciones del poder adquisitivo conducían a una disminución del valor real del salario (caso de prognosis errónea de la norma reglamentaria).

Bonorino Peró y otros magistrados de primera y segunda instancia de la Justicia Nacional de la Capital Federal, instauraron una acción de amparo con el objeto de “obtener tutela contra la omisión en que han incurrido los poderes políticos al no actualizar los haberes de los demandantes con lo que se viola el artículo 96 de la Constitución Nacional.”

La Corte, después de muchas idas y vueltas, terminó practicando la liquidación de sueldos por Subsecretaría de Administración de la Corte.

¿Qué es lo más importante de este caso?

– la Corte admitió que la violación de la garantía en cuestión se concretaba por omisión.

– efectuó control de constitucionalidad sobre esta omisión.

– operativizó la garantía de intangibilidad remuneratoria judicial.

– aceptó la acción de amparo como vía para controlar las omisiones.

– condenó al Poder Ejecutivo, por la liquidación, y no al Legislativo que omitía los aumentos en la Ley de Presupuesto.

2 – “Costa c/ Municipalidad de la Capital”

Aquí la Corte entendió que el derecho a réplica consagrado en el pacto de San José de Costa Rica y aprobado por ley nacional 23054, no era operativo puesto que no

había sido reglamentado.
En lo que nos interesa:
– la Corte no sancionó la inconstitucionalidad por omisión del legislador que no reglamentaba.
– no operativizó per se el derecho sino que buscó otro remedio (artículo 1071 del Código Civil).
3 – “Sánchez Abelenda c/ La Urraca”
En 1988, un año después del caso anterior, rechazó nuevamente un pedido de réplica basado en el artículo 33 (derechos implícitos)y en el Pacto precitado, argumentando lo mismo que en “Costa”: la ausencia de reglamentación legal impide tener el derecho de réplica como derecho positivo. Además entendió que el derecho en cuestión no se incluía entre los implícitos del 33.
4 – “Ekmekdjian c/ Neustadt”
El doctor Ekmekdjian, importante constitucionalista, buscaba replicar expresiones vertidas por el doctor Frondizi en el programa de Neustadt, aunque no lo afectaban personalmente.
Habiendo fracasado con su acción de amparo en las dos primeras instancias dedujo Recurso Extraordinario. Sus argumentos fueron: el derecho a réplica es la libertad de prensa para el ciudadano común ya que si no a ésta sólo la tienen los propietarios de los medios de comunicación; el Pacto de San José es operativo; el derecho a réplica está en el artículo 33 de la Constitución; no es necesario probar lesión a un derecho propio ya que lo que busca defender son intereses difusos.
La Corte reiteró que el 33 no incluía el derecho a réplica, que el Pacto no era operativo hasta que no se dicte ley reglamentaria lo cual era ajeno a sus potestades judiciales y que, hasta tanto, según el artículo 19, nadie (en este caso el canal de televisión y el conductor del programa) está obligado a hacer lo que la ley no manda.
Así también la Corte destacó que el Pacto otorga el derecho “en las condiciones que establezca la ley”[ccli] y al no haber ley del Congreso sus efectos quedaban suspendidos.
5 – “Ekmekdjian c/ Sofovich”
Este fallo, de 1992, marcó un viraje rotundo en la jurisprudencia de la Corte.
El doctor Ekmekdjian volvió a las armas, esta vez pidiendo derecho a replicar expresiones del escritor Dalmiro Sáenz vertidas en el programa del demandado y que Ekmekdjian consideraba agraviantes de sus sentimientos religiosos. Fracasado el amparo, llegó a la Corte por Recurso Extraordinario, que, tras cuatro años de trámite, acogió su pretensión.
La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (5 contra 4) entendió que

el derecho a réplica estaba incorporado a nuestro derecho por el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 23054 y ratificado el 5/9/84, siendo así ley suprema de la nación conforme al artículo 31 de la Constitución, agregando en favor de este argumento, que la convención de Viena exige que prevalezcan los tratados por sobre el derecho interno.

También la Corte dijo que: “las palabras ‘en las condiciones que establezca la ley’ se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como la legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas”[cclii], ampliando así el concepto de ley a las sentencias, dato importantísimo para nuestro tema.

Y luego: “puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto”[ccliii], esto también es importantísimo pues admite que es el mismo tribunal quien decide cómo se operativiza el derecho.

“La vía sumarísima del amparo resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente”[ccliv] para luego recordar la frase del caso “Siri” que encabeza este título.

Sin dudas este fallo es importantísimo, no sólo por el cambio jurisprudencial que implica (debate ya superado por la reforma constitucional de 1994), sino por la admisión de facultades propias del Poder Judicial tendientes a lograr la operatividad de los derechos consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes, cuyo incumplimiento, en lo que hace a la reglamentación, configura la omisión inconstitucional.

En relación a esto último dijo la Corte: “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”. Y hoy en día que la reforma ha dejado en claro la jerarquía supralegal de los tratados (e incluso su jerarquía constitucional en algunos casos) es muy breve el paso que nos lleva desde este pronunciamiento a la ‘omisión de establecer disposiciones que hagan posible el cumplimiento de la Constitución’.

Podría tomarse como síntesis del fallo, la siguiente expresión: “las sentencias integran la ley”.

6 – Resumiendo

1º) Nuestra Corte, progresivamente, ha ido admitiendo que la conducta omisiva de los poderes públicos, a la hora de reglamentar derechos para hacerlos plenamente operativos, es inconstitucional.

2º) Así también se acepta lentamente que tales omisiones son controlables y que

los derechos pueden ser operativizados por los tribunales ya que sus sentencias integran la ley.
3º) Finalmente, se observa una buena disposición en la recepción de estos planteos mediante la acción de amparo.
Con estas tres certezas nos preparamos para encarar los capítulos finales de nuestro trabajo.
Capítulo VIII: El andamiaje necesario para la edificación de la figura en nuestro derecho.
A la hora de plantear las posibilidades de instrumentar el control judicial de la inconstitucionalidad por omisión tendremos que estructurarnos de tal manera que dejemos en claro nuestro ideal de máxima y nuestra propuesta de mínima.
El problema es que, tras mucha investigación y reflexión sobre el tema, hemos entendido que habría una forma arquetípica de ejercer este control, pero dicho sistema, fuerza es reconocerlo, requeriría una reforma constitucional ya que algunas herramientas que requerimos (como el Tribunal Constitucional) sólo podrían concretarse mediante la Constitución.
Pero, como no queremos que todas estas ideas queden vírgenes, sólo aceptadas en teoría por los abogados, sino que esperamos que estas humildes páginas sirvan para que se haga uso de la figura, es que vamos a sugerir los mecanismos que hoy mismo podrían utilizarse para obtener una declaración judicial de inconstitucionalidad omisiva.
1 – Acción
Creemos que lo mejor en este aspectos sería consagrar una acción abstracta y directa de inconstitucionalidad.
Tal como hemos visto supra[cclv] las acciones declarativas puras, abstractas o populares de inconstitucionalidad son aquellas en que el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional. Por su lado la acción directa, concepto directamente emparentado al anterior, es aquella que no requiere de un caso contencioso.
La Corte decía, desde 1985, que en el orden federal hay acciones de inconstitucionalidad (vía directa) aunque no puras, señalando entre ellas al amparo. Ya con la ley 16986 la doctrina y la jurisprudencia admitían la procedencia de esta acción (naturaleza hoy fuera de duda) para perseguir la conducta omisiva de los poderes públicos.
Ahora, después de la reforma constitucional de 1994, la mayoría de la doctrina entiende que el nuevo artículo 43 admite la vía del amparo para el cuestionamiento de las omisiones inconstitucionales. Nosotros tenemos serias dudas de que sea tan sencilla la solución. Veamos la normativa constitucional:

Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Digamos primeramente, coincidiendo con alguna doctrina minoritaria[cclvi], que, según la letra de la ley, el juez no declarará la inconstitucionalidad de la omisión sino de la norma en que se funde la omisión, y no hay norma que obligue al legislador a no legislar; digamos también que no vemos ni una somera alusión a la actividad legislativa sino, más bien, a la actividad administrativa.

Sin embargo, en base a los precedentes jurisprudenciales que hemos citado[cclvii], así como por el aval de la mayoría de la doctrina anterior y posterior a la reforma, y por ser la única acción existente con las características de rapidez y ductilidad que deseamos, diremos que en el estado jurídico actual es posible plantear el ataque a la inconstitucionalidad omisiva mediante el amparo del artículo 43.

¿Cuáles son los requisitos para su procedencia? Enumeremos los que a primera vista surgen del texto constitucional:

– Inexistencia de medio judicial más idóneo (a igual idoneidad la opción queda al accionante).

– Omisión de autoridades públicas o de particulares

– Actualidad o inminencia de la lesión, la restricción, la alteración o la amenaza.

– Que la agresión recaiga sobre derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley (la y deberá entenderse como y/o ya que no es concebible que se exija al mismo tiempo la violación de un derecho y de una garantía, teniendo en cuenta la distancia conceptual entre ambos).

– Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (incluye inconstitucionalidad) de la acción u omisión.

2 – Legitimado activamente

En nuestro sistema ideal, el legitimado debe probar un derecho subjetivo, 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 y de los derechos de incidencia colectiva (ejemplificativamente se enumeran: los relativos al medio ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor), 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.
Por ello, si la omisión consiste en no reglamentar un derecho colectivo, el legitimado activo es mucho más amplio. Pero surgen dos preguntas: ¿el cumplimiento de la Constitución no es un derecho de incidencia colectiva? ¿cuando las omisiones legislativas conducen a discriminación (supuesto frecuentísimo, como hemos visto) queda habilitada la legitimación activa amplia?. Desde ya advertimos que nuestra respuesta, en ambos casos, es afirmativa.
Dejemos en claro que cuando las omisiones provengan de la Administración (sea una omisión individual, general, relativa o de prognosis errónea) está legitimado siempre el Defensor del Pueblo[cclviii], lo cual es ya un avance.
3 – Tribunal
Como venimos planteando desde las primeras líneas de este trabajo, nuestro ideal, para todo el control de constitucionalidad, es la institucionalización de un Tribunal Constitucional. Sin embargo en este punto admitimos que sólo se podría llegar a ello mediante una reforma de la Constitución y por ello pasamos directamente a la propuesta posible actualmente.
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.
Así, por ejemplo, en el caso nacional, si lo omitido es la ley, el omitente es el Congreso Nacional y el juez competente es el juez federal del domicilio del afectado. En caso de omisión de un órgano público provincial el juez competente es el juez ordinario del domicilio (salvo cuando el derecho procesal provincial establezca un juez especial para las acciones de inconstitucionalidad).
En todo lo relativo al amparo la jurisprudencia ha dicho que han de respetarse las reglas de distribución de competencia del artículo 116 de la Constitución Nacional[cclix].
Salta a la vista que, ante una sentencia denegatoria y siempre que se den los requisitos que hemos visto supra[cclx], podrá llegarse hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Recurso Extraordinario.
4 – Medidas a adoptar por la sentencia que acoja la pretensión.
Digamos que la gran dificultad teórica que aquí se plantea es la de que los jueces, por el principio republicano de división tripartita de poderes, no pueden legislar ni administrar. Tengamos en cuenta esto a la hora de buscar soluciones al problema de la inacción administrativa o legislativa.
Lo que el juez disponga dependerá de la omisión que se haya comprobado.

Veremos cada uno de los cuatro supuestos que conocemos para analizar qué nos parece que podría resolver el juez.

4.1 – Omisión de contenido individual

Aquí, según nuestro deseo, 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). En caso de que éste incumpla el mandato el tribunal debería:

– separarlo de su cargo e iniciarle proceso penal por desobediencia judicial[cclxi].

– 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.

Dentro del marco de lo posible digamos que lo único que el juez no podría hacer, sin ley que lo autorice, es separar al funcionario incumplidor de su cargo.

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.

La solución que proponemos, en lo que respecta al dictado de norma con efectos erga omnes, requiere, según Bidart Campos[cclxii], una reforma constitucional para que no se afecte la división de poderes.

Digamos entonces que, en el campo de lo posible todo lo propuesto puede hacerse, sólo que los efectos deberán ser limitados al caso resuelto, lo que nos llevará a caer en la esquizofrenia judicial-normativa que criticáramos supra[cclxiii]. Pero es

preferible una solución así a la ignorancia contumaz de los mandatos del constituyente. Así también la indemnización a la comunidad sólo podría disponerse por ley, ya que, por tratarse generalmente de daños no personales, el monto de la misma deberá ser destinado a la reparación del perjuicio probado.

4.3 – Omisión relativa

Si la norma está dictada pero incluye a algunos grupos y a otros no[cclxiv], 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

Denominamos así a las omisiones que se producen cuando las normas de prognosis quedan desfasadas frente al cambio de las circunstancias fácticas para las que fueron dictadas, deviniendo inconstitucionales por omitir el cumplimiento correcto de aquella cláusula que antes cumplía.[cclxv]

Aquí la solución también es similar a la que propusimos en el punto 4.2, 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.

5 – Resumen

Para facilitar la comprensión de nuestro ideal de máxima y de nuestra propuesta práctica de mínima, agregamos a continuación un sencillo cuadro que las resume.

6 – 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, conforme a lo que hemos propuesto como actualmente practicable. Pero aclaremos que, como venimos diciendo a lo largo de todo este trabajo, en el actual estado 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.
Sabemos que nuestro proyecto es susceptible de correcciones, háganlas aquellos con más capacidad que nosotros, pero con la conciencia de que es necesario seguir abriendo el debate en torno a la exigibilidad del cumplimiento constitucional.
Capítulo IX: La doctrina y los proyectos de reforma constitucional ante la Inconstitucionalidad por Omisión.
Debemos advertir que es relativamente poco lo que la doctrina nacional se ha dedicado al tema, sin embargo procuraremos reseñar, las opiniones más interesantes que hemos encontrado, entre los constitucionalistas, sobre nuestra figura y sobre las alternativas instrumentales para su aplicación, como una suerte de confirmación o disidencia con lo que hasta aquí hemos planteado.
1 – Bidart Campos

“Para desentrañar la verdadera magnitud del problema que suscitan las omisiones reglamentarias, hay que entender bien que si una Constitución cualquiera se define o proclama como suprema, es imposible conciliar su supremacía con la no vigencia de cláusulas programáticas carentes de reglamentación. Si las cláusulas programáticas no pudieran regir mientras les faltara la reglamentación, aquella supremacía declinaría en su vigor y en su sentido genuino: la Constitución quedaría postergada en la aplicación de dichas partes normativas y quienes por su virtud quisieran entre tanto hacer valer derechos reconocidos en las normas programáticas tropezarían con el resultado de que la norma programática no funcionaría. Y es allí donde, rescatado el principio de la Supremacía Constitucional, entendemos que el órgano de la justicia constitucional está llamado a hacer funcionar la norma programática deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida. (…) ¿En qué viene a parar la Supremacía Constitucional? Seguramente, en un bloqueo o punto muerto que priva al principio de supremacía de toda efectividad.”[cclxvi]
“Por lo menos en las omisiones inconstitucionales que lesionan derechos subjetivos (por ejemplo, si no se reglamentan las cláusulas constitucionales programáticas que los reconocen) es menester divulgar la idea de que sobre tales omisiones debe recaer el control de constitucionalidad que las subsane, en resguardo de la supremacía, y en beneficio del titular del derecho que por la misma omisión sufre perjuicio.”[cclxvii]
“Nunca es lícito al tribunal argüir que no aplica la norma por falta de reglamentación. Si dijera esto último, su sentencia equivaldría en realidad a dejar el caso sin solución o, lo que nos parece lo mismo, a negarse a fallar, a denegar la jurisdicción. Y eso no puede ser porque es tanto como dejar sin enmienda las omisiones inconstitucionales que, lo volvemos a insistir, hieren a la Constitución con tanta gravedad como la realización de actividades prohibidas por ella.”[cclxviii]
“Siempre que una Constitución depara a un órgano de poder el ejercicio obligatorio de una competencia en beneficio de los particulares, la omisión de ese mismo ejercicio en perjuicio del beneficiario es inconstitucional y debe ser remediada por los órganos de la justicia constitucional.”[cclxix]
“No parece viable que el órgano de la justicia constitucional pueda él mismo dictar la reglamentación. Pero, ¿acaso es demasiado extravagante pensar que sí pueda constreñir al órgano remiso a dictarla en un lapso prudencial o que directamente pueda poner en funcionamiento la norma general no reglamentada llenando la laguna que provoca la ausencia de reglamentación?”[cclxx]
“En primer lugar, no parece posible que el órgano dicte per se la norma reglamentaria omitida. Eso sólo procedería si la Constitución lo habilitara

directamente, porque de lo contrario habría riesgo de que se considerara violada la división de poderes.
En segundo lugar, tiene mayor viso de posibilidad un sistema mediante el cual el órgano emplazara a emanar la reglamentación omitida. De ese modo, el resultado se generalizaría porque suponemos que el órgano conminado dictaría la reglamentación cuya omisión se ha declarado inconstitucional. Con todo, existe un margen de inseguridad si pensamos que, pese a la conminación, el órgano a lo mejor no dictaría en término la reglamentación, y todo quedaría como antes.
En tercer lugar, siempre es posible que el órgano de la justicia constitucional logre una solución, consistente: 1º) en declarar que la omisión es inconstitucional; 2º) en reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo; 3º) en integrar el orden normativo lagunoso del modo como ya lo propusimos, o sea, echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia). Pero es evidente que de proceder así, la solución sería provechosa únicamente para el caso, lo cual significa que la norma que el tribunal elaborara para llenar el vacío normativo resolvería tan sólo el caso particular sentenciado. En todos los otros, habría de procederse de la misma manera. Por ende, si el sistema de justicia constitucional fuera de jurisdicción difusa, habría margen para soluciones diferentes, en tanto si fuera de jurisdicción concentrada es probable que el tribunal fallaría cada causa adoptando similar solución.”[cclxxi]
“Estamos en condiciones de hacer la tentativa de formulación normativa a incorporar al articulado constitucional. Alternativamente, esa formulación podría esbozarse así: la justicia constitucional es competente para conocer de las omisiones inconstitucionales que perjudican a particulares, o que impiden a otros órganos de poder el ejercicio de sus competencias propias; cuando la omisión inconstitucional consista en la no realización de un acto de contenido individual, el órgano de la justicia constitucional será competente para expedir un mandato de ejecución; cuando la omisión inconstitucional consista en la no emanación de una norma reglamentaria de otra norma general impedida de funcionar, el órgano de la justicia constitucional será competente para: a) intimar al órgano remiso a dictar la reglamentación en el plazo que se le fije; b) integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo; c) dictar directamente la norma omitida.
En rigor, creemos que la fórmula constitucional de lineamiento tentativo que sugerimos sólo se torna indispensable para la solución del inciso c), que de otro modo no podría alcanzarse sin detrimento del principio constitucional de división o separación de funciones. Al contrario, el resto de la fórmula puede y debe acogerse

aun a falta de norma constitucional expresa, nada más que por aplicación de principios generales del Derecho Constitucional que están ínsitos en cualquier Constitución formal dotada de supremacía, y que hacen a la esencia de la justicia constitucional."[cclxxii]

Bidart Campos, analizando la posibilidad de atacar la inconstitucionalidad omisiva mediante el amparo del artículo 43, nos dice: "¿También la omisión en dictar leyes o normas cuya ausencia traba o bloquea la efectividad de una norma superior es susceptible de impugnación a través del amparo? Si contestamos afirmativamente, queda expedita la vía para remediar la inconstitucionalidad por omisiones normativas.

Para decir que no es posible se sostiene que si una norma superior manda dictar una norma inferior, la omisión en que se incurre al no dictarla no está 'fundada' en la norma superior, porque incumplirla no es igual que aplicarla.

Para decir que sí sugerimos pensar que la inconstitucionalidad radica en la omisión misma, y que ésta consiste en no dictar una normativa que el órgano tiene el deber de dictar porque una norma superior lo obliga. Entonces, la omisión se 'funda' en el deber incumplido que surge de la norma superior que lo ha impuesto; es decir, la norma superior que obliga a dictar una norma inferior de desarrollo es la norma en la cual se 'funda' la inconstitucionalidad de la omisión."[cclxxiii]

Sin embargo debemos señalar que el maestro, en esta última opinión, deja de lado la letra de la ley (concretamente, primer párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional) para sostener su solución en sus ideas de la Supremacía Constitucional, ideas acertadísimas, por cierto y a las cuales adherimos pero que, fuerza es admitirlo, no son lo que expresa el artículo en cuestión.

También nos ha manifestado, entre otras ideas, las siguientes:

"Respeto mucho la división de poderes, pero la división de poderes presupone algo: que cada poder, cada órgano de poder ejerce las competencias que la Constitución le asigna en el reparto dentro del marco de la Constitución. Si se desmanda, si se sale fuera de sus competencias el poder judicial es el que tiene a su cargo el control de constitucionalidad correctivo de todas esas desviaciones; y no porque sea más poder que los otros, no porque pueda interferir en el ámbito de competencias ajenas, sino porque ejerce la suya que es la de cuidar y defender la supremacía de la Constitución."[cclxxiv]

"Sería más sencillo el control de la inconstitucionalidad por omisión si hubiese jurisdicción constitucional concentrada, la que tendría que funcionar, para que tuviera un efecto jurídico que obligara al órgano remiso a dictar la norma, en cabeza del último órgano judicial, como existe en la provincia de Río Negro el Superior Tribunal de la Provincia."[cclxxv]

2 – Sagüés
“La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, y su eventual subsanamiento por obra de la judicatura, tiende a afirmar los principios de Supremacía Constitucional y de control judicial de constitucionalidad.
Por supuesto, esta doctrina tiene sus riesgos y costos, jurídicos y políticos.”[cclxxvi]
“Pensamos que el control judicial del comportamiento omisivo del Poder Legislativo (y en su caso, del Poder Ejecutivo) en la instrumentación de las cláusulas programáticas, deviene cada vez más procedente en un auténtico Estado Constitucional de Derecho. Lo indicado servirá, nos parece, tanto para que parlamentarios perezosos cumplan con su deber constitucional, como para que el legislador constituyente modere sus promesas programáticas, o reexamine la Constitución y la ajuste al modelo de la Constitución – contrato. También, obviamente, para concluir con la tesis -de vertiente absolutista, hoy incomprensible- que exime al Estado de toda responsabilidad por el incumplimiento de sus ofertas constitucionales programáticas, y que convalida esta inadmisible declaración: ‘Yo te aseguro tal cosa; pero si no lo hago, ¡aguántate!’.
Hoy, ante las puertas del siglo XXI, un ‘slogan’ así es francamente insostenible.”[cclxxvii]
“No cabe descartar el ejercicio de la acción de amparo, si se dan los supuestos excepcionales de este instituto (v.gr., inexistencia de vías previas o paralelas, judiciales o administrativas, para atender idóneamente al problema; ilegalidad, inconstitucionalidad o arbitrariedad manifiesta en el acto lesivo; posibilidad de probar la procedencia del amparo sin necesidad de mayor debate o prueba, etc.). Situaciones de angustia económica para el afectado; de salvaguarda del equilibrio de los poderes, o de urgencia impostergable, pueden explicar la admisibilidad y éxito del amparo para remediar la omisión legisferante.”[cclxxviii]
3 – Nino
“El liberalismo defiende derechos como el derecho a la vida, la integridad corporal, de la propiedad, etc., contra actos como una agresión que termina en la muerte de la víctima, la aplicación de torturas, el apoderamiento de bienes, etcétera. La pregunta es ¿por qué no se violan esos mismos derechos cuando se deja que la gente se muera por desnutrición o por falta de atención médica, sufra lesiones corporales, también por falta de atención médica, y carezca de acceso a los bienes y recursos económicos necesarios para elegir y materializar su plan de vida? La réplica a esta pregunta es que, en el primer caso los derechos humanos están siendo violados por la persona o funcionario estatal que emprende el ataque o agresión, mientras que, en el segundo caso, no hay tal violación sino que hay una falta de satisfacción de los derechos por ocurrencia de hechos naturales o, en todo

caso, por acciones involuntarias de seres humanos, mientras que todo lo que los individuos y más especialmente los funcionarios públicos hacen es dejar que insatisfacción ocurra (lo que es menos grave que provocarlas en primer lugar). Pero esta última réplica parece descansar en la distinción entre acciones y omisiones. ¿Por qué no decir que el funcionario que no ha provisto los fondos necesarios para que los enfermos hospitalizados tengan atención médica adecuada y, eventualmente, los ciudadanos que no han contribuido con los impuestos necesarios, han matado o lesionado por omisión?"[cclxxix]

"Se adopta una posición inconsistente cuando se reconoce un derecho como el referido a la vida o la integridad corporal, pero no se admite que ellos son violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para el goce y ejercicio de esos derechos."[cclxxx]

"Es cierto que alguien que no tiene una vivienda digna o un cuidado adecuado de su salud, no puede participar con igual libertad que los demás en el proceso político. Por lo tanto sería razonable que, en casos extremos, la supervisión de ese proceso que deben hacer los jueces comprendiera la prescripción de remedios para esas situaciones. Pero el problema es que en la medida que se procura reforzar el proceso democrático exigiendo que él satisfaga más y más condiciones, al mismo tiempo se reduce su alcance, sacándose la decisión sobre tales condiciones del mismo ámbito democrático[cclxxxi].

Lo contrario ocurriría si el proceso democrático fuera estimulado por los jueces a corregir estas precondiciones para su buen funcionamiento, pero permitiendo que operen los mecanismos de autocorrección del propio sistema[cclxxxii] (que solamente operan cuando el sistema no está absolutamente degradado). Esto de nuevo requiere una delicada ponderación por parte de los jueces, quienes deben, una vez más, exhibir cualidades verdaderamente hercúleas de fuerza intelectual y moral."[cclxxxiii]

4 – Spota

"Todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los poderes políticos omitieron aquel incumplimiento. Eso lo exige el principio de la Supremacía Constitucional. La tesis contraria asegura que los humores políticos de los poderes constituidos tienen prevalencia jurídica y práctica frente y ante los dictados programáticos del Poder Constituyente y reformador. El Poder Judicial se debe convertir, para cada caso concreto, en el órgano sucedáneo o suplente de creación de la norma instrumentadora del artículo constitucional programático."[cclxxxiv]

5 – Bazán

“¿Podríamos hoy permitir que se convalidara una esterilización teleológica de la Carta Magna, sólo por la inercia legislativa? ¿Puede el Estado -válidamente- ser receptor de un ‘bill’ de indemnidad, aun cuando consume (de ‘consumar’) graves incumplimientos de las normas programáticas y -por tal senda- consuma (de ‘consumir’) a la Constitución?
Creemos que no. Costó demasiado forjar el Estado de Derecho y el pacífico imperio de la Constitución. Por ende, todo ensayo que se dirija a apuntalar su vigencia y su fuerza normativa deberá ser -al menos- tomado en consideración.
Y desde tal óptica, juzgamos un intento válido el del control de la inconstitucionalidad omisiva, como resguardo y reaseguro de la efectividad de la supremacía de la Constitución.
Desde otro flanco, la ‘institucionalización’ del control de constitucionalidad por omisión, puede tener una importancia bifronte: i) por una parte, combatir la ‘pereza’ o el ‘ocio rentado’ de los legisladores; ii) por otra, servir como muro de contención para los constituyentes, quienes al momento de reelaborar los textos constitucionales deberán ‘medirse’ para no incurrir en Constituciones quiméricas absolutamente irrealizables en el campo fáctico.
Además, podría evitarse una suerte de contrabando normativo, pues al actuar con pasividad frente a la omisión inconstitucional, se estaría convalidando una elíptica reforma, que, en el caso, se patentizaría neutralizando la previsión de la Ley Fundamental -que impone un mandato concreto y efectivo-, para permitir que rija una normativa distinta de la fijada por ella.”[cclxxxv]
El mismo Bazán, refiriéndose al artículo 43 de la Constitución Nacional, nos dice: “El artículo se refiere a la posible censura -por inconstitucional- de la norma y no del acto u omisión lesivos. Es que la plataforma fáctica que habilitaría en un caso concreto el control de la inconstitucionalidad por omisión, sería la circunstancia de que el legislador (u órgano público competente) haya desobedecido una norma que le ordena (sí, imperativamente) el legislar. No se está ante un precepto que -arbitraria e ilegalmente- exhorte al órgano o funcionario a no legislar; más bien, todo lo contrario. Y en tal supuesto, el núcleo de la posible descalificación judicial no sería ya la norma que otorga sustento al acto u omisión lesivos -presupuesto que cobija el artículo 43-, sino la omisión misma que -casualmente- estaría desnaturalizando la prescripción legal que le impone una conducta positiva.”[cclxxxvi]
6 – Quiroga Lavié
Quiroga Lavié, comentando el nuevo artículo 43 de la Constitución opina que: “Resulta a las claras que las omisiones del legislador, del Ejecutivo o en general del poder administrador y de los jueces, podrán ser declaradas inconstitucionales por

los tribunales de justicia de nuestro país y sustituidas por algún tipo de acto jurisdiccional que remedie, sólo para el caso -claro está- y sin carácter normativo general, la omisión del poder público.
“A nuestro juicio, el nuevo texto constitucional viene a dar satisfacción en el Derecho positivo argentino a una añeja reclamación de la doctrina nacional, particularmente sostenida con todo énfasis por Germán Bidart Campos, cual es la de la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por omisión.”[cclxxxvii]
“De acuerdo con nuestra interpretación, la reforma constitucional ha quedado a mitad de camino en relación con la petición de Bidart Campos, pero no ha dejado de avanzar en el sentido señalado, quedándole a los órganos judiciales encargados de aplicar la Constitución realizar la interpretación integrativa de una regla de enorme trascendencia de cara al futuro de la vida institucional de la República. Regla que impedirá que el congreso y el Ejecutivo incumplan con su obligación institucional de implementar las norma imperativas existentes en el texto constitucional o en las leyes, cuando sea el caso de intervenir el Ejecutivo.
Se dejará de lado, en consecuencia, la doctrina de nuestra Corte Suprema según la cual en nuestro sistema jurídico no existe legitimación procesal para que alguien pueda solicitar el dictado de una legislación determinada. Si no interpretamos de este modo el nuevo texto constitucional nunca tendremos operatividad, no sólo de las normas programáticas -tanto de los derechos sociales como de los derechos públicos de la sociedad-, sino que tampoco se podrá exigir el cumplimiento de las normas organizacionales de carácter imperativo que existen en gran medida sin posibilidad de cumplimiento.”[cclxxxviii]
“De este modo se está institucionalizando la potestad legislativa de los jueces, con carácter transitorio y como modalidad supletoria, frente a la inacción del poder político. Ello tendrá muchísima significación frente al caso, muy frecuente, de omisión reglamentaria por parte del Ejecutivo de la legislación nacional. Es que el veto por omisión no puede seguir permitiéndose en el sistema constitucional argentino. La nueva letra constitucional abre la concreta posibilidad de que, frente a un supuesto de tal naturaleza, cualquier tribunal de justicia y, en última instancia, la Corte Suprema, puedan hacer operativa la ley. Un verdadero desafío al legislador en tiempos en que la eficiencia es el dato más concreto para generar la legitimación del poder público. De este modo no caminamos hacia el gobierno de los jueces sino, por el contrario, al potenciamiento del sistema democrático. Sin controlar la ineficiencia legislativa, en particular del Ejecutivo, la democracia se torna, en definitiva, inviable.”[cclxxxix]
7 – Proyecto de Constitución para la Nación Argentina elaborado por el Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Litoral con motivo de la

Convención Nacional Reformadora de 1957.
“Artículo 24: Todas las libertades humanas reconocidas expresa o implícitamente por esta Constitución están protegidas por la acción de amparo que puede promover el restringido en sus libertades ante el Juez competente, para que éste por procedimiento sumarísimo verifique la competencia del funcionario, empleado o particular que suprimió, restringió o amenazó la libertad y la constitucionalidad del acto ejecutado o de inminente ejecución y comprobada la violación haga cesar inmediatamente la supresión, restricción o amenaza de la libertad. También procede en el caso de omisión por parte del funcionario, empleado o particular, de aquellos actos que legalmente deben realizar y cuya omisión suprima, restrinja o amenace la libertad humana. En los casos referidos en este artículo, el funcionario o empleado que dictó u omitió la medida debe cumplir inmediatamente la orden judicial y en caso que no lo hiciera, el Juez se dirigirá al superior jerárquico del funcionario o empleado para que se cumpla su orden judicial, quedando inmediatamente separado de su cargo el funcionario o empleado que no acató la orden judicial y sometido a proceso penal por su desobediencia.
Artículo 32: Las declaraciones, derechos y garantías reconocidos expresa o implícitamente en esta Constitución no podrán ser alterados ni desvirtuados por las leyes que reglamenten su ejercicio y no necesitarán reglamentación previa para su cumplimiento; en este caso corresponde al magistrado o funcionario arbitrar los procedimientos para hacerlos efectivos.”[ccxc]
Este excelente proyecto consagra la operatividad inmediata de los derechos y garantías, con autorización expresa para medidas judiciales destinadas a efectivizarlos. Además que sanciona expresa y duramente al funcionario incumplente.
La omisión legislativa está más clara que en el actual artículo 43 de la Constitución Nacional, sin embargo es preciso destacar que el artículo 24 habla de funcionario (individuo) y no de órgano o poder público, sin embargo, de una prudente correlación entre ambos artículos, surge claramente la posibilidad de implementar la institución.
8 – El proyecto de la Comisión Redactora de la Convención Nacional Reformadora de 1957
“18 bis: Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en esta Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de

autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarísimos.(…) El funcionario o empleado que restrinja o viole cualquiera de los derechos o garantías consignados en esta Constitución es civil y penalmente responsable. No se necesitará reglamentación previa para el cumplimiento de las garantías precedentes."[ccxci]
La Comisión Redactora reguló la figura con notorias influencias del Proyecto del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Litoral, lo cual conlleva las mismas pequeñas dificultades que apuntáramos respecto de éste. Es positivo para la evaluación del proyecto de la Comisión, el hecho de que incluye en el mismo artículo en que sanciona las omisiones una disposición referente a la operatividad automática de los derechos, conjunción que nos conduce a la idea de inconstitucionalidad cuando no se reglamentan legislativamente los derechos y garantías constitucionales.
9 – Anteproyecto de Reforma de la Constitución Nacional de la comisión de estudio del Partido Socialista Popular del 25 de mayo de 1974.
"Artículo 14: Toda persona puede obtener el amparo de los derechos consagrados en esta Constitución, promoviendo acción de amparo por sí o por medio de un tercero, ante cualquier juez y aún ante un tribunal colegiado."[ccxcii]
Consagración notoriamente parca, propia de un proyecto que desprecia absolutamente todo el sistema judicial de protección de derechos.
Capítulo X: Los problemas más acuciantes de nuestra actualidad constitucional.
1 – Promesas constitucionales. La Nación Argentina: esa novia abandonada.
El problema más intranquilizante de este momento histórico, tal como hemos dicho a lo largo de todo este trabajo, es el incumplimiento por los poderes constituidos de aquello que el Poder Constituyente prometió a los argentinos.
Es necesario lograr que el ciudadano recupere la confianza en las instituciones, y para ello hay que cumplir con la Constitución que es la madre de todas ellas.
Tras un exhaustivo análisis del texto constitucional hemos creído diferenciar claramente tres tipos de cláusulas perfumadas de promesas y nos ha parecido importante su distinción como un instrumento teórico más en la lucha por el cumplimiento. Pasamos a exponer nuestro intento clasificatorio.
1.1 – Tres tipos de cláusulas constitucionales programáticas.
Hay cláusulas promitentes que consisten en la inmediata cristalización, con rasgos de conjuro, de una realidad. Hacen promesas que parecieran ser operativas aunque, como toda promesa, requieren una labor de confección para llegar a convertirse en realidad, por eso no debemos confundirlas con las disposiciones directamente operativas ya que se diferencian de ellas porque no tienen posibilidad de funcionar si no es por la actuación de los poderes constituidos . En estos casos,

más que en ningún otro, es imprescindible la labor judicial para que se efectivice lo prometido. A éstas las denominamos cláusulas sortilegio y se caracterizan por el uso de verbos imperativos o indicativos en tiempo presente.
Hay otras cláusulas constitucionales que auguran una realidad mediata, cuya materialización se encarga al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo mediante el mecanismo de la delegación que veremos infra. Este es el típico caso provocador de la inconstitucionalidad por omisión, pues transfieren una obligación concreta a los poderes constituidos. A éstas las denominamos cláusulas delegatorias, su costumbre verbal son los verbos imperativos pero sujetos al obrar del legislador.
Tenemos dentro de éstas un subtipo a las que llamaremos pseudodelegatorias, son aquellas cláusulas que aparentan dar una orden a los poderes pero, por lo difuso de sus términos, son más cercanas a las desiderativas que a las delegatorias, ya que lo suyo es una intención, quizás buena, pero las leyes, todos lo sabemos, no se hacen sólo con buenas intenciones.
Tenemos otro tipo de cláusulas que presagian un futuro, casi siempre posible, pero ni se disfrazan de operatividad ni se encomiendan a los poderes para su concreción. Su función ideal consiste en guiar la generalidad de los actos del Estado. A ésta tercera clase de promesas las denominamos cláusulas desiderativas, pues expresan un deseo futuro; su modo verbal preferido es el potencial. También, por qué no decirlo, son las preferidas a la hora de hacer demagogia.
1.2 – Cuadro
Mediante un sencillo cuadro intentaremos señalar las promesas más interesantes que hemos hallado en un rápido rastreo del texto constitucional.
Para un trabajo aparte es la reseña de las promesas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los que son tan obligatorios para el legislador como la misma Constitución.
2 – La delegación. Causas y crítica.
Las constituciones, como venimos viendo, muchas veces delegan facultades reglamentarias al legislador ordinario.
No debe confundirse esta delegación de generar normativa constitucional mediante ley, con el reconocimiento al Congreso de facultades que le son propias, que no pertenecen a la Convención sino al Poder Legislativo[ccxciii]. Digámoslo claramente: la delegación constitucional consiste en transferir competencias propias del Poder Constituyente al legislador ordinario mediante la Constitución.
Los motivos son variados, pero señalaremos cuatro fundamentales, advirtiendo que en algunos casos concurren más de uno en los motivos de la legislación:
a) Incompetencia: la Constitución exige que haya un Código Civil[ccxciv], pero no podría incluirlo en su texto ya que la creación del derecho común es una

competencia propia del Poder Legislativo, no del Poder Constituyente, el cual debe limitarse a otorgar la atribución al legislador ordinario.
b) Imposibilidad práctica: algunos institutos constitucionales requieren una reglamentación extensa que no sería propia de la parquedad que debe tener un texto constitucional (tal es el caso de la consulta popular[ccxcv]). Entonces la Constitución debe marcar los lineamientos primordiales de la figura y entregar al Legislativo su concreción definitiva.
c) Estabilidad: para que una Constitución sea valiosa es imprescindible en ella la permanencia. Esto no se lograría si se norma sólo teniendo en cuenta el momento histórico de la Convención. Por ello el constituyente muchas veces delega la reglamentación de ciertos puntos al legislador futuro, sabiendo que la variabilidad de las circunstancias fácticas puede requerir adecuaciones reiteradas.
De esto nos decía Alberdi: “Para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducidla a las cosas más fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias.”[ccxcvi]
No tendría sentido que la Constitución fije pautas para el establecimiento de tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia[ccxcvii], ya que el cambio de la concentración poblacional, la mayor o menor generación de conflictos jurisdiccionales, el avance de los medios de transporte, entre otros motivos, pueden hacer necesario sólo uno o bien varios tribunales federales en una misma ciudad, provincia o zona. De la misma motivación surgen delegaciones tales como las relativas a los ministerios[ccxcviii] y a la cuestión capital[ccxcix] (aunque la determinación de la capital de la Nación, en 1860, se delegó al Congreso por el motivo que veremos en el punto siguiente).
d) Desacuerdo entre los convencionales: esto es más frecuente de lo que debería ser y lo hemos visto patéticamente demostrado en la Convención Nacional Reformadora de 1994. Los convencionales no acuerdan términos que conformen a todos y prefieren crear la institución delegando a las mayorías políticas del futuro la fijación de las condiciones de funcionamiento. Así se llega a cláusulas como la referente a la Auditoría General de la Nación[ccc] donde la ley podría componerla de técnicos o de políticos, con cargos inamovibles o semestrales, haciendo a sus dictámenes vinculantes o recomendatorios; y muchos otros detalles que harían que sea un organismo invasor, importante o inútil.
Algunos doctrinarios han afirmado sobre la reforma de 1994 “una observación de mucho interés es que, en varios supuestos, los convencionales transfirieron responsabilidades propias al Poder Legislativo, cuando al crear nuevas instituciones o regímenes o al modificarlos, dispusieron que habrán de dictarse leyes

reglamentarias”[ccci]
Más allá de que entendemos que es cierta la afirmación, cabe recordar que, tanto en el texto originario de la Constitución como en todos los proyectos y reformas[cccii], se ha usado de la delegación a los poderes constituidos. Digámoslo claramente: la delegación en sí no está mal, sólo es criticable cuando se basa en lo analizado como ‘desacuerdo entre los convencionales’, que dará margen a una legislación difícilmente consensuable, contradictoria e inestable.
Sin duda nos llama la atención la cantidad de veces en que el texto constitucional remite al Congreso para el diseño final de sus cláusulas. Y esta delegación, cuando es recibida por legisladores irresponsables, será desobedecida generando la inconstitucionalidad por omisión de su deber legisferante.
Por ello nuestro siguientes puntos van encaminados a reseñar los llamamientos que el Poder Constituyente hace a los Poderes Constituidos, para luego analizar los incumplimientos más notorios y agraviantes de la Supremacía Constitucional, del Estado de Derecho.
2.1 – Esquema
Mediante el siguiente cuadro expondremos sólo algunas de las delegaciones constitucionales al legislador.
3 – El juicio por jurados. 145 años de olvido.
3.1 – La triple orden constitucional
Artículo 24: El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.
Artículo 75, inciso 12: Dictar (…) especialmente leyes generales para toda la Nación (…) las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.
Artículo 118: Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.
Del trámite y discusión que tuvieron estas cláusulas en la Convención Nacional Constituyente de 1853 poco o nada sabemos. El proyecto de Alberdi, fuerza es decirlo, no incluía el juicio por jurados. El texto, es hijo del frenesí favorecedor de la inmigración que tuvo el constituyente originario, de la emulación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica[ccciii] y de la reiteración de cláusulas ya proyectadas en casi todos los intentos constitucionales patrios.
Sin embargo en nuestros 145 años de historia constitucional sólo se implementaron

los jurados por cortos períodos en algunas provincias para juzgar los delitos cometidos por la imprenta.
Nosotros debemos confesarnos entusiastas defensores del sistema, que hemos conocido especialmente gracias al distinguido doctor Lepera. Creemos que un jurado puede trasladar a la misma comunidad que hoy se queja de la justicia la responsabilidad de colaborar con ella, creemos que para decidir si el hecho ocurrió o no y quién es su responsable no es necesario un gran conocimiento jurídico, que tampoco tienen todos los legisladores y sin embargo hacen las leyes.
Pero, pese a que miramos con buenos ojos este sistema, debemos destacar que esto es indiferente, no importa si a nosotros o a la doctrina o al legislador nos gusta o disgusta el juicio por jurados, lo único importante es que las cláusulas transcriptas de la Constitución Nacional exigen que se implemente y el legislador ordinario no puede hacer oídos sordos a ese mandato.
3.2 – El rechazo de la Corte
"Vicente Loveira c. Eduardo T. Mulhall s/ injurias y calumnias"[ccciv]; "Valentín Santa María c. Eduardo T. Mulhall s/ injurias y calumnias"; "Ministerio Fiscal c/ Director del diario 'La Fronda' s/ desacato"; "Tribuna Democrática"; "David Tieffemberg".
¿Qué se planteó en todos estos casos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación? La falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios en dichas causas criminales, en razón de la falta de implementación del juicio por jurados. Todas estas personas, quizás sólo como una chicana más que condujese a la demora de la sentencia, obligaron a la Corte a pronunciarse sobre el tema que ahora nos ocupa.
Nuestro máximo tribunal rechazó la pretensión, en el primero de los casos, por entender que los artículos de la Constitución que instituyen este sistema "no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el artículo 24 no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación."[cccv] En los siguientes fallos se limitó a reiterar estos argumentos.
3.3 – Los proyectos
Siguiendo un excelente trabajo del doctor Mirkin[cccvi] haremos una breve reseña de los proyectos que se han hecho para cumplir con la exigencia constitucional del juicio por jurados.
1º) González y De la Plaza – 1873
La ley 483[cccvii] disponía que el Poder Ejecutivo debía nombrar dos personas para proyectar las leyes de proceso penal y de organización del juicio por jurados. Sarmiento designó a los prestigiosos juristas Florentino González y Victorino de la Plaza. En abril de 1873 (año y medio después) presentaron los dos proyectos con 47

artículos el de jurados y 786 el código procesal penal. Nunca fueron tratados por el Congreso ya que una campaña periodística atacó duramente el régimen de juicio por jurados y el legislador, por primera vez en este punto, a sólo 10 años de la plena vigencia constitucional, desoyó la orden y violó la Supremacía Constitucional.

2º) Domínguez – 1883

José Domínguez, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaboró un proyecto que constaba de 125 artículos y estaba destinado exclusivamente a la Capital Federal. Nunca fue tratado por el Congreso.

3º) Wilde – 1886

Eduardo Wilde, ministro de justicia de Roca, proyectó juzgar por jurados solamente los delitos cometidos mediante la prensa. El senado fue cámara de origen y lo aprobó, no así diputados.

4º) Larreta, Bunge, Ibarguren y Herrera Vegas – 1895

Estos juristas elaboraron su proyecto en el marco de la “Revista Jurídica y de Ciencias Sociales” pero sólo para calumnias e injurias dentro de la Capital Federal. Nunca fue presentado ante el Congreso.

5º) Aguirre – 1910

Julián Aguirre, dentro de su libro “El jurado en materia criminal” incluyó un proyecto al respecto. Tampoco fue presentado nunca ante el Congreso.

6º) Jofré – 1919

El doctor Tomás Jofré, uno de los grandes procesalistas argentinos, siendo diputado provincial en Buenos Aires, presentó un proyecto de juicio por jurados para dicha provincia. Su trabajo[cccviii] consta de 52 artículos y dispone que el jurado juzgue los delitos graves y los cometidos mediante la prensa.

7º) Iberlucea – 1920

El doctor Enrique del Valle Iberlucea fue senador nacional y presentó en esa cámara su proyecto compuesto de 87 artículos. Nunca fue tratado.

8º) Oyuela – 1930

Este proyecto proponía la implementación del juicio por jurados en todos los juicios criminales ordinarios de Capital Federal. Nunca fue tratado por el Congreso.

9º) Albarracín Godoy – 1937

Con la colaboración del doctor Eduardo Augusto García este proyecto se presentó en la Legislatura de la provincia de Mendoza pero nunca fue tratado.

10º) Carvajal Palacios – 1953

Natalio Carvajal Palacios, siendo ministro de Justicia de la Nación en el segundo gobierno de Perón, redactó y presentó un proyecto sobre jurados, pese a que la Constitución de 1949 fue la única que se atrevió a suprimir el instituto de nuestro sistema. Nunca fue tratado por el Congreso.

11º) Corzo y Romero – 1988
Estos diputados no presentaron un proyecto de ley sobre juicio por jurados, sino un proyecto para que se cree una comisión que lo redacte. Nada se hizo al respecto.
12º) Maier y Binder – 1988
El doctor Maier, eminente jurista contemporáneo, junto al doctor Binder, elaboraron un proyecto que será de importancia capital en el tema: por primera vez se propuso en nuestro país el jurado escabinado (compuesto de gente común y técnicos del derecho), tal como es el sistema alemán. Hasta ahora nunca fue tratado por el Congreso.
3.4 – La doctrina dividida
Sin duda las aguas doctrinarias se separan ante este tema. Veamos algunas de las posturas más interesantes.
“Nuestros constituyentes, al establecer las bases de la libertad personal y la protección de la justicia, expresan un anhelo patriótico y una necesidad para el porvenir, consignando en tres diversas cláusulas el mandamiento de establecer el juicio por jurados para los crímenes comunes.(…) Nuestras provincias han hecho también de esta institución una promesa constante en sus Constituciones. (…) Se consagra el principio como un derecho anexo a la libertad civil reconocida a todo hombre, el de ser oído en los hechos por sus propios jueces, los del lugar del delito y que el pueblo ha nombrado. (…) Las antiguas instituciones municipales de las colonias españolas contenían en parte este privilegio del jurado en los Cabildos, pero nada de esto resistió la intermitencia de nuestros gobiernos después de la Revolución.”[cccix]
“Toda vez que en la actualidad de nuestro país existe descrédito de la gente hacia la forma de administrar justicia; por ello, y toda vez que el juicio por jurados populares acerca al individuo de la calle a conocer la forma en que la justicia es administrada, entiendo que el fundamento primario y móvil por el cual sería de vital importancia la implementación del juicio por jurados, es el efecto social y la posibilidad de poder recuperar la credibilidad de la gente común en el derecho que los ampara.”[cccx]
“La falta de reglamentación legislativa, desde 1853 hasta la fecha, del juicio por jurados, y la consecuente tramitación de las causas penales por jueces técnicos, promueve decididamente la tesis de la derogación por vía consuetudinaria (“desuetudo”) de las cláusulas constitucionales relativas al instituto. (…) Ahora bien: tratándose de cláusulas constitucionales de tipo programático, conviene alertar que parte de la doctrina niega que pueda operarse, en cuanto ese tipo de prescripciones, la derogación por vía consuetudinaria. Si una norma constitucional -se dice- tiene suspendida su eficacia (al ser programática y nada más) hasta tanto

el legislador la regule e implemente, quiere decir que dicha norma no entra todavía en acción, y por tanto, mal podría plantearse una inacción o ataque consuetudinario, que la derogase sociológicamente. Humberto Quiroga Lavié, y con especial referencia al problema del juicio por jurados, escribe al respecto: 'Lo que aquí se afirma es que la ineficacia de las normas programáticas no afecta su eficacia, pues dichas normas no pueden ser ineficaces mientras no se haya cumplido la condición constitucional' (de puesta en práctica)."[cccxi]
"Los tribunales por jurados, si se implementan, no son inconstitucionales -por tratarse de un tema procesal reservado a la discrecionalidad del legislador-; pero ya no sería factible una ley general sobre jurados en materia criminal (o de otra índole), con vigencia en toda la República."[cccxii]
"En nuestra opinión, la formulación que contiene el artículo 118 parece conceder al congreso un amplio espacio temporal para decidir en qué momento considera oportuno establecer el juicio por jurados. De ser así, su inexistencia actual no implica una omisión legislativa inconstitucional, ni tampoco una violación al supuesto derecho del enjuiciado a contar con la garantía de un jurado en el proceso penal que se tramita en su contra."[cccxiii]
Nos interesó también incluir la opinión de un importante procesalista penal, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, profesor de nuestra facultad y autor de numerosos escritos sobre la materia. Sus comentarios sobre el instituto que analizamos fueron los que siguen:
"Las normas constitucionales tienen vigencia y, por lo tanto, podrían implementarse en cualquier momento. No se puede ignorar que la Constitución está ordenando que se hagan los juicios por jurados. Habría que ver de qué jurado se trata, porque con los problemas difíciles que significan muchas figuras del derecho penal, resulta poco creíble que personas que no tengan un estudio jurídico puedan saber lo que es una obediencia debida, un trastorno mental transitorio y, como eso, tantos otros temas.
La objeción de Clariá Olmedo respecto a la contradicción constitucional de regular el juicio por jurados y los jueces técnicos, contradicción frente a la que Clariá Olmedo optaba por el sistema de jueces técnicos desaparece frente al jurado escabinado, que resulta más atinado, más práctico.
Si en la República Argentina a los jueces los presionan, los amenazan… ¿qué podemos esperar que suceda con un jurado? No vaya a ser que, por tratar de buscar una verdadera participación de la ciudadanía en la materia jurisdiccional, estemos introduciendo un tipo de jurados que traiga consecuencias disvaliosas. Sin embargo, en otro momento de la historia, con una evolución mayor de las instituciones y de la responsabilidad cívica, se podría llegar a implementar, pues

vemos que cada día la ciudadanía está teniendo un mayor conocimiento y una mayor participación.”[cccxiv]

3.5 – Nuestro aval

No está mal el argumento de la Corte[cccxv] cuando trae a colación el artículo 24 de la Constitución y asocia el tiempo para el establecimiento del juicio por jurados con el tiempo para la reforma de la legislación en todos sus ramos. Nosotros aquí hemos encontrado un argumento que, creemos, hasta hoy se pasó por alto: al reformarse la legislación vigente (derecho español colonial) debía instaurarse el juicio por jurados.

Al legislarse el proceso penal debió fundárselo sobre el juicio por jurados. Entonces, a partir de la primera ley sobre el tema, el Congreso Nacional cayó en una inconstitucionalidad positiva puesto que el legislador hizo algo que se contradecía con lo que la Constitución manda.

Si en cambio entendiéramos, como Bidart Campos, que el Poder Legislativo tiene un tiempo indeterminado, sujeto a su discrecionalidad, para implementar el juicio por jurados, debemos concluir que tras este tiempo, más que prudente, el Congreso Nacional ha caído en inconstitucionalidad por omisión.

En cualquiera de ambos supuestos los jueces deberían entonces intimar al legislador para que organice el proceso penal sobre la base del juicio por jurados fijándole un plazo prudente, y si no lo hiciera deberían declarar inconstitucional el olvido de esta cláusula que desde hace 145 años padece el legislador, anular las leyes procesales penales y normar constitucionalmente.

En nuestra opinión, las sucesivas reformas, en especial la integral de 1994, han interrumpido la prescripción consuetudinaria que aduce el doctor Sagüés, desuetudo que en el campo constitucional no admitimos.

Pero agreguemos que los actos inconstitucionales por omisión son insanablemente nulos y no hay uso u olvido que puedan convalidar una práctica contra constitutionem.

Las opiniones están divididas. Vemos que los dos maestros constitucionalistas más importantes están en una postura ecléctica, aunque son remisos a exigir la concreción legislativa de la institución. Sin embargo, por el momento que vive la justicia argentina en este fin de siglo, estamos viendo un reflujo de las ideas a favor del juicio por jurados.

Es sin embargo de destacar la poca seriedad científica de los detractores del sistema, es que la postura contraria al juicio por jurados se ha vulgarizado llenándose de eslóganes. Hemos oído a un decano de nuestra facultad decir que “el juicio por jurados fracasaría en nuestro país por la tendencia a la venganza del pueblo argentino”, haciendo gala de posturas que no son más que peticiones de

principios, pues ¿quién puede decir que el pueblo argentino es más o menos vengativo que otros pueblos? ¿no hay acaso en estas opiniones un desprecio a la voluntad popular que tanto respetamos en lo que hace al ejercicio del sufragio?
Sin duda el tema es apasionante. Queda para otros trabajos, y para juristas con más luces, tomar la delantera en esta lucha siempre renovada por la vigencia constitucional y por la justicia del pueblo y para el pueblo.
En definitiva diremos, por boca ajena, que creemos que “El Poder Judicial no debe darse a un Senado permanente sino que lo deben ejercer personas del pueblo (como en Atenas), nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados.
Es preciso incluso que, en las acusaciones graves, el reo, conjuntamente con la ley, pueda elegir sus jueces, o al menos que pueda recusar tantos que, los que queden, puedan considerarse como de su elección.
Es necesario además que los jueces sean de la misma condición que el acusado, para que éste no pueda pensar que cae en manos de gentes propensas a irrogarle daño.”[cccxvi]
4 – La participación en las ganancias. 41 años de olvido.
4.1 – La orden constitucional
Artículo 14 bis: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (…) participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección.
4.2 – ¿Qué significa esto?
Los términos “participación en las ganancias”, “control de producción” y “colaboración en la dirección” están emparentados, no solo por su raigambre socialista[cccxvii] sino porque los dos últimos son la forma de asegurar la concreción del primero.
Cuando una empresa anda bien, produce ganancias que exceden lo necesario para cubrir los gastos por todo concepto, esta diferencia queda normalmente en los bolsillos de los dueños. El principio de participación en estas ganancias implica que se otorgue a los trabajadores una porción de este excedente que la empresa obtiene gracias a su trabajo. Para garantizar esta buena marcha de la compañía y el correcto reparto de utilidades en beneficio de todos, es necesario que los empleados controlen la producción y colaboren con la dirección de diversas maneras, esto es lo que se llama cogestión obrero-empresarial.

Por todo esto algunos, como el convencional Becerra quisieron aclarar que no era un derecho de cogestión porque el empresariado no estaba maduro para aceptarlo y porque ello adormecería el sentimiento de lucha de la clase obrera la que así se aburguesaría. En cambio el convencional Jaureguiberry decía que la fórmula permitía algún grado de cogestión.

4.3 – Origen

La reforma de 1957 fue un intento por consagrar algunas reformas sociales, por eso el 14 bis o "artículo nuevo", único que pudo concretar la convención, promete muchísimos derechos de los que se han dado en llamar de tercera generación, propios del constitucionalismo social que habían sido objeto primordial de la ilegalmente derogada Constitución Nacional de 1949.

Este punto que analizamos fue objeto de un extenso y serio debate en la convención reformadora. Así el convencional Pastor dijo que "esta cláusula no implica la introducción, en las reformas constitucionales, de un principio que hubiera sido reclamado o sobre el cual se hubieran producido hechos de carácter social en la República"; en cambio el convencional Thedy, uno de los más lúcidos reformistas, señaló que se trataba de "un principio serio, abonado por una larga experiencia en otros países y tendiente a solucionar importantes y graves problemas relacionados con la economía nacional."[cccxviii]

Sin duda la observación de Pastor es cierta: los sectores obreros en aquel momento no reclamaban la participación en las ganancias, pero también es cierto que no es necesario que la Constitución disponga únicamente aquello que la sociedad reclama, ella debe ser una predisposición de las herramientas que el pueblo necesita para su progreso; si las constituciones sólo consagrasen aquello que los ciudadanos reclaman desesperadamente ¿podría ser norma duradera que sirva de base a un Estado pacífico?

4.4 – Amnesia

Esta cláusula programática permanece con su energía potencial intacta, ya que desde el 24 de octubre de 1957 nada se ha hecho para operativizarla.

El Consejo para la Consolidación de la Democracia dijo respecto a esta cláusula y a otros derechos del artículo 14 bis que, de procederse a una reforma constitucional, "resulta conveniente la redacción de una norma que, además de legitimarlos, los profundice sin que esto implique caer en un excesivo reglamentarismo que indefectiblemente culmine en un conjunto de meras expresiones de deseos."[cccxix]

"¿Qué es 'empresa'? Creemos que no debe tomarse la definición estrictamente según la teoría económica, y que allí donde cualquier empleador (unipersonal, colectivo, con personalidad jurídica, etc.) que tiene personal dependiente origina

con su actividad utilidades o beneficios lucrativos (aunque en sentido económico no sea ganancia productiva), la cláusula tiene que aplicarse. Basta con que haya lucro u obtención de bienes económicos, incluido en este concepto el dinero que, como beneficio, se adquiere mediante una actividad cualquiera a la que coopera el trabajador."[cccxx]

Sin embargo, como señala Sagüés[cccxxi], "aunque tal iniciativa es eventualmente realizable, llama la atención que los sectores más interesados en el problema, como los sindicatos obreros, aún no han reclamado seriamente su puesta en práctica."

Entendemos que las palabras del maestro rosarino están dichas con tono irónico, ya que hoy en día a nadie llama la atención la deserción de los sindicatos obreros en la lucha por las reivindicaciones de los trabajadores.

4.5 – Un llamado

La participación en las ganancias de las empresas es una de las armas que la Constitución nos da (y el legislador nos niega) para mejorar la realidad.

Sin lugar a duda, una instrumentación de este precepto, aunque fuera módica, llevaría a paliar un serio problema actual que se torna cada vez más doloroso: la injusta distribución de las riquezas entre capitalistas y trabajadores. Además, digámoslo otra vez, no se trata de si la cláusula nos simpatiza o no, se trata de que está en la Constitución y, por ello, debe ser cumplida, tanto por el legislador, como por los jueces y los particulares.

Desde este humilde lugar pedimos al legislador que tome conciencia y operativice esta promesa. Y, si su amnesia sigue, esperamos que aparezcan jueces valientes, dispuestos a hacer realidad la supremacía de la Constitución intimando al legislador o, dentro de lo posible, normando constitucionalmente.

5 – Los decretos de necesidad y urgencia. 4 años de olvido.

5.1 – La normativa

Artículo 99: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

Inciso 3: El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter Legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta

comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.
Acto seguido debemos decir que, hasta la fecha[cccxxii], ni la Comisión Bicameral Permanente fue creada, ni la ley especial de trámite ha sido dictada.
5.2 – Descripción del trámite ordenado
La idea del constituyente[cccxxiii] ha sido negar, casi absolutamente, la asunción de facultades legislativas por parte del Ejecutivo. Se admite una sola excepción, el decreto por razones de necesidad y urgencia, para cuyo dictado deben darse los siguientes requisitos:
a) Circunstancias excepcionales que impiden el trámite legisferante ordinario de los artículos 77 a 84.
b) Que no se vean comprometidas cuestiones pertenecientes a las materias taxativamente enumeradas, que constituyen así una zona de reserva legal absoluta.
c) Que el decreto sea decidido en acuerdo general de ministros.
d) Que los ministros lo refrenden.
e) Que el Jefe de Gabinete lo refrende.
Cumplido todo esto el decreto puede dictarse y es inmediatamente efectivo. Pero para su validez debe seguirse un itinerario ante el Congreso Nacional, cuyos pasos, constitucionalmente exigidos, serían:
1º) El Jefe de Gabinete, personalmente y en un plazo que no exceda los 10 días desde el dictado del decreto[cccxxiv], debe someterlo a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.
2º) La comisión, tras considerarlo, debe elevar un despacho al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento.
3º) Ambas Cámaras deben considerarlo de inmediato.
Si bien la ley sería la que determine que es lo que ocurre después es dable pensar que las Cámaras pueden aprobarlo o anularlo, dictando o no otra norma sobre el tema. Esto es lo que asevera uno de los autores de la Reforma cuando dice: “El congreso, debe aprobarlos expresamente, no existiendo sanción ficta de los mismos. (…) Si el propio Congreso se autoexcluyó en la sanción ficta de leyes que son de su propia competencia, con mucha mayor razón la sanción ficta está excluida para los decretos, sean del tipo que sean.”[cccxxv]
Digamos desde ya que, si alguno de los requisitos o de los pasos no se cumplen, el decreto es nulo de nulidad absoluta e insanable y, nos permitimos agregar citando al doctor Bidart Campos, que “No se pueden dictar decretos de necesidad y de

urgencia así se venga el mundo abajo, porque todo este trayecto de seguimiento está impedido de funcionar: no hay comisión Bicameral permanente, no hay ley que regule el procedimiento cuando el decreto de necesidad y urgencia llegue al Congreso. Me parece muy claro el problema, si no sufro de miopía constitucional."[cccxxvi]

El doctor Bidart Campos nos plantea también el supuesto de que el Congreso convierta en ley a un decreto como el estudiado, viciado en su origen: "Cuando no ha habido una circunstancia excepcional que hiciere imposible el dictado de una ley, aunque luego ese decreto de necesidad y de urgencia se hubiera convertido en ley por el Congreso, arrastra el vicio originario y el pecado de inconstitucionalidad, no se curan porque el Congreso lo convierta en ley, no se subsana porque el Congreso lo convierta en ley."[cccxxvii]

5.3 – La primera violación, protagonizada por nuestra 'Corte Anticonstitucional'.

El doctor Quiroga Lavié, al poco tiempo de la reforma de 1994 ya nos advertía: "Un caso muy notable es el de la reglamentación legal del trámite en el Congreso de los decretos de necesidad y urgencia: a falta de la ley que en tal sentido prevé la Constitución deberán los tribunales de justicia disponer la nulidad de los decretos que en tal sentido dicte el Ejecutivo."[cccxxviii] Pero veamos cómo la realidad superó a la ficción.

En el caso "Rodríguez, Jorge s/ Cuestión de Competencia" fallado el 17 de diciembre de 1997 la Corte contradice lo que hasta aquí hemos dicho, lo que la misma Constitución Nacional dice.

Habiéndose dictado un decreto de necesidad y urgencia para privatizar los aeropuertos, éste fue cuestionado en la justicia, donde la primera instancia ordenó un 'no innovar'. Cabe destacar que el flanco más débil de dicho decreto era que no se había verificado el requisito apuntado sub a): circunstancias excepcionales que impiden el trámite legisferante ordinario.

Evitando la secuencia regular de instancias, el Jefe de Gabinetes de Ministros, Jorge Rodríguez, va a la Corte Suprema de Justicia de la Nación planteando una cuestión de competencia para que ella asuma el conocimiento de la causa.

La Corte resuelve tomar la causa alegando que no está haciendo uso del per saltum ni de su jurisdicción originaria, sino que está resolviendo una cuestión de competencia entre el Congreso y el Poder Ejecutivo e incluso entre éstos y el Poder Judicial. Los disidentes señalan que no hay conflicto de competencias entre órganos jurisdiccionales sin un superior común, que son los conflictos que la Corte debería resolver y no supuestos conflictos de competencias entre poderes.

La Corte sostiene en su fallo que los jueces no pueden controlar la constitucionalidad de este tipo de decretos porque de eso se encarga solamente el

Congreso.
Luego, la Corte resuelve que, hasta tanto no funcione el trámite constitucionalmente exigido para el control de los decretos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo puede dictarlos sin más diligencia.
Vemos entonces que la Corte tenía dos alternativas: declarar la nulidad del decreto por inconstitucionalidad positiva del Poder Ejecutivo al dictarlo sin los requisitos y sin el trámite constitucionalmente exigidos, o declarar la nulidad del decreto por inconstitucionalidad omisiva del Legislador, tras un plazo que le fuera fijado para que regule, pudiendo incluso la Corte normar, aunque sea para el caso, el trámite a seguir.
Nada de esto hizo nuestro "tribunal de garantías constitucionales"[cccxxix], hoy mayoritariamente adicto al Poder Ejecutivo, mayoritariamente desertor de la Constitución.
Por eso coincidimos plenamente con Bidart Campos cuando nos decía: "Hay jurisprudencia que no me gusta, ésta, por ejemplo, creo que, de lo que tengo registrado, es la peor."[cccxxx] Y es la peor porque ha dado al principio de la Supremacía Constitucional un valor igual a cero, sepultando los conceptos que, como hemos visto en el título UNO de este trabajo, la misma Corte construyó tan dificultosamente, a lo largo de tantos años.
Le preguntábamos al doctor Bidart Campos si se podría plantear, en un caso como éste, la inconstitucionalidad por omisión del legislador, reclamando la nulidad de todos los decretos de necesidad y urgencia dictados sin el trámite constitucional, a lo que nos respondía pragmáticamente: "Sí, como poder se podría, a nivel de doctrina, pero por supuesto que, con nuestros mecanismos, sería dilapidar el tiempo procesal."[cccxxxi]
"Tengo la impresión de que nos queda ahora una ínsula a la que el Poder Judicial resulta totalmente ajeno y sobre la cual esa lupa del control de constitucionalidad ha desaparecido. ¿Supremacía de la Constitución? ¿Derecho de la Constitución? ¿Fuerza normativa de la Constitución? todo entre signos de preguntas y mi respuesta es negativa: la supremacía se ha desmoronado, la fuerza normativa de la Constitución también. Esperemos que no sea definitivamente."[cccxxxii]
5.4 – Perspectivas de cumplimiento y otras posibilidades.
El tema aún está pendiente de solución definitiva. El Congreso está en falta, está teniendo un comportamiento omisivo inconstitucional que debe abandonar para dictar la normativa operativizadora del inciso tercero del artículo 99.
Mientras tanto esperemos que la Corte Suprema cambie de idea y resuelva algún futuro caso conforme a derecho, asegurando la Supremacía Constitucional.
La situación no es fácil, pero todo esto debe servirnos para entender cuales son las

consecuencias lógicas aunque aterradoras de lo que venimos criticando a lo largo de este trabajo: la conducta inconstitucionalmente omisiva del legislador.
Apocalipsis. EPÍLOGO.
Hemos llegado al final de este trabajo, más extenso que lo que la paciencia del lector tolera, más simple que lo que el tema requiere, más ambicioso que lo que nuestro conocimiento puede.
Venimos en busca de algunas respuestas para las preguntas que nos obsesionan: ¿sirven para algo las meras promesas? ¿tiene sentido buscar que la Constitución sea realidad normativa? ¿cómo se consigue que los poderes constituidos cumplan con su deber de poner la Constitución en marcha? ¿cómo curar este olvido institucional?
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.
Hemos admitido que hay una sola forma de no cumplir con la Constitución: si se llega a la certeza de que ella no sirve para la felicidad de los argentinos debe reformársela o, siempre mediante el procedimiento del artículo 30, derogársela. Pero mientras tengamos esta Constitución y siga dentro del tipo rígido, todo acto que le sea contrario, por acción u omisión, debe ser criticado por los juristas y atacado por los abogados. Caben aquí las palabras de Bidart Campos: “A nosotros, en general, nos falta el empujón del activismo judicial entendido en el buen sentido; no para que el juez se desmande, y se saltee, y haga lo que le dé la gana, no…, el activismo de que hablo significa que no tengan miedo.”[cccxxxiii]
Hoy, en esta situación que acrecentó la reforma de 1994, donde se advierte que gran parte de las promesas están como meros adornos del texto constitucional, advertimos que ha llegado el apocalipsis de las promesas constitucionales, esto debería traer algunas consecuencias: 1ª) el constituyente deberá moderar su palabrerío vano y tener la vergüenza necesaria para limitarse a proclamar aquello que sepa que es posible concretar; 2ª) el legislador deberá terminar con su actitud indolente y darse cuenta de que está compelido por la Constitución a cumplirla; 3ª) los hombres y mujeres del derecho deben asumir, como un deber inherente a su

profesión, la defensa del Estado Constitucional de Derecho amenazado por estos incumplimientos que llevan al descrédito en las instituciones y a mantener las injusticias del sistema.
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.
Hemos encontrado sólo una objeción que merece ser estudiada: la posibilidad de que con nuestra propuesta se afecte la división de poderes, invadiendo el Judicial ámbitos propios del Legislativo. Digamos que el dilema es complejo, más aún cuando no está constitucionalmente previsto un cuarto poder como el tribunal constitucional con lo cual se evitaría este intríngulis, pero creemos haber hallado una solución, solución digna de tal nudo gordiano, que pasamos a exponer.
Ha de entenderse, siguiendo a Kelsen, que un órgano, como el Congreso, no es soberano, soberana es la estructura triádica del Estado y por ende, cuando uno de los poderes no cumple con la función que le corresponde, los otros han de equilibrar con un cumplimiento extra ese incumplimiento. Sin duda estamos ante el peligro de que se aleguen incumplimientos que no sean tales, pero el Poder Judicial, por su misma estructura e integración, es el que menos posibilidades tiene de convertirse en poder invasor.
Digamos además que puede ser cierto el riesgo de que se afecte la división de poderes, pero hay que tener muy en cuenta tres datos:
1º) El derecho comparado, incluso sin tribunales constitucionales, ha tenido una larga tarea de rellenar las lagunas que la conducta omisiva del legislador dejaba, y jamás se ha comprobado en estos países una afección a la división tripartita del poder, tan cara a las democracias de todo el mundo.
2º) El Poder Judicial, según nuestra propuesta, sólo actuará cuando el legislador no lo haga en un plazo prudente, tras una intimación para que legisle y quedando supeditada su solución a la actuación ulterior del Legislativo.
3º) Hay principios más sagrados que la división de poderes (principio que da lógica al gobierno), que son violados cuando los poderes constituidos omiten el cumplimiento de un mandato constitucional, el principal de ellos es la supremacía constitucional que da lógica a todo el sistema jurídico, al Estado mismo. Y estos principios superiores también han de ser preservados.
La Constitución es muy clara y exigente al respecto y aquí, en el final de nuestra obra, queremos citarla por última vez:
Artículo 28: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 67: Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución.
Artículo 99, inciso 8: (El presidente de la Nación) hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.
Es la misma Ley de leyes la que pide su estricto cumplimiento, a sabiendas de que sólo así el Estado encontrará su rumbo, su magnificencia como Estado. Y nos dicen estos artículos que la labor legislativa (o la no labor legislativa) no pueden tornar vanas las promesas constitucionales; que los legisladores deben ocuparse primordialmente de cumplir en todo la Constitución; que el Presidente debe llevar constantemente el balance del cumplimiento o no de lo que la Constitución dice y reclamar ante el Congreso aquello que aún no se ha hecho.
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.

[i] KELSEN, Hans, “¿Qué es Justicia?”, ¿Por qué obedecer al Derecho?; traductor: Albert Calsamiglia (Madrid, editorial: Planeta-Agostini, 1993), página 189.
[ii] BIDART CAMPOS, Germán José; Manual de la Constitución Reformada – Tomo I (Buenos Aires, editorial: EDIAR, 1996), página 334.
[iii] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia “El Control Judicial de los Actos de Gobierno”, pronunciada el 23 de marzo de 1998 en el Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral. La grabación, que conservamos, nos pertenece.
[iv] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[v] Siempre pensando en cambios en la política grande, no en cambio de partido gobernante. Recuérdese al respecto el policitado caso del “New Deal”.
[vi] SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional (Buenos Aires, Astrea, 1993), Tomo I, Capítulo V “Control de Constitucionalidad”, páginas 145 y subsiguientes.

[vii] Por ejemplo, determinada mayoría y procedimiento legislativo para sancionar una ley que modifique la Constitución, aunque el órgano sea el Poder Legislativo.
[viii] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española (Madrid, España, editorial: Espasa Calpe, 1996), edición: Vigésima primera, Tomo I, página 561.
[ix] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, § 173, página 146.
[x] Tales son actualmente Luxemburgo y el Vaticano, también fue así en Francia durante la tercera república.
[xi] Así es en Estados Unidos de Norteamérica, donde se ideó esta modalidad (aunque hoy está en retroceso, mientras gana terreno la idea de la concentración), y en nuestro país.
[xii] Supra, Capítulo I, Punto3.
[xiii] Austria fue el primero en 1920, ese mismo año lo hizo Checoslovaquia. Luego Yugoslavia (Videre infra, Título TRES, Capítulo V, punto 1), Portugal (ídem anterior), Italia y España. Transcribimos la normativa de los dos últimos:
ITALIA – 22 de diciembre de 1947
Articolo 134: La Corte costituzionale giudica:
sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;
sui conflitti di attribuzione tre i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni…
Articolo 135: La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa. (…)
giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati. (…).
ESPAÑA – 31 de octubre de 1978
ART. 159
1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. (…)
3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un periodo de nueve años y se renovaran por terceras partes cada tres. (…).
(continúa nota 13)
ART. 161
1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es

competente para conocer:
a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. (…)
b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el ART. 53,2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre si.
d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.
2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.
ART. 163 Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.
[xiv] Alemania.
[xv] Uruguay.
[xvi] Costa Rica.
[xvii] Perú, Grecia, Guatemala.
[xviii] China, Bulgaria y Cuba. Veamos la normativa cubana, aparentemente desconocida por nuestros
(continúa nota 18)
doctrinarios:
ART. 70. La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República.
ART. 75. Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular:
a) acordar reformas de la Constitución conforme a lo establecido en el artículo 137;
b) aprobar, modificar o derogar las leyes y someterlas previamente a la consulta popular cuando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate; c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales; ch) revocar en todo o en parte los decretos-leyes que haya dictado el Consejo de Estado;(…) r) revocar los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos o disposiciones del Consejo de Ministros que contradigan la Constitución o las leyes; s) revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución,

las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía a los mismos; o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales de país…
En Argentina tuvimos un período (1853 a 1860) donde la Constitución originaria obligaba al Congreso federal a controlar las constituciones provinciales comparándolas con la federal.
[xix] En la Unión Soviética controla el Soviet Supremo pero a través del Praesidium (artículo120, Constitución1977). En Polonia controla la Dieta por medio del Consejo de Estado (artículo 30, Constitución1977). El Senado controlaba en la constitución francesa de 1852.
[xx] España, durante el gobierno de Franco, lo hacía mediante el "recurso de contrafuero". Es fácil advertir la dependencia que tiene la estructura de control constitucional respecto al régimen político impuesto.
En nuestro país la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto in re "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta" que nunca el poder administrador puede declarar la inconstitucionalidad de leyes o actos ya que ésta es atribución exclusiva de los tribunales de justicia, tanto a nivel federal como provincial.
[xxi] Constitución del Estado de Colorado, Estados Unidos de Norteamérica.
[xxii] Uruguay (artículo 79, 2ª parte).
[xxiii] Constitución del 2 de abril de 1976 que rigió hasta 1982.
[xxiv] Título TRES, Capítulo , Pto.
[xxv] Incluido durante la reforma constitucional de 1979.
[xxvi] cfr. CARCASSONNE, Guy, La Constitution, (París, Francia, editorial: Éditions du Seuil, 1996), página 260.
[xxvii] La constitución de 1958 dice:
Article 56: "Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n´est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l´Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat.
En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil Constitutionnel les anciens Présidents de la République.
Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage."
[xxviii] CARCASSONNE, Guy, opus citata en nota 26, página 238 (La traducción nos pertenece).
[xxix] Artículo 58.

[xxx] Artículo 59.
[xxxi] Artículo 60.
[xxxii] En la Constitución de 1984, artículos 140 y ss.
[xxxiii] Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Convenio de Roma, Convenio de Bruselas, etc.
[xxxiv] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte de Justicia Europea.
[xxxv] Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) artículos 67 y 68. El artículo 68, apartado 1, dice: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”
[xxxvi] ITALIA – 22 de diciembre de 1947
Articolo 135: (…) I giudici della Corte costituzionali e sono scelti tra i magistrati anche riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d’esercizio.
ESPAÑA – 31 de octubre de 1978
ART. 159
(…) 2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.
[xxxvii] Tribunal de Estado de Liechtenstein.
[xxxviii] Tribunal de Garantías Constitucionales ecuatoriano: videre supra Capítulo II, Punto 2.2. – C) d)
[xxxix] El Consejo de los Custodios iraní: videre supra Capítulo II, Punto 2.2. – C) b)
[xl] Para todo el párrafo: artículo 61.
[xli] Argentina, Austria, España, Estados Unidos de Norteamérica, etc. En Alemania, si bien el control es posterior a la sanción de la ley, puede suspenderse inmediatamente la ley e incluso no permitirle jamás la entrada en vigencia.
[xlii] Irlanda.
[xliii] Chile, 1980.
[xliv] Francia, artículo 61.
[xlv] Alemania artículo 94, inciso2º.
[xlvi] Argentina.
[xlvii] Francia, artículo 61.
[xlviii] Argentina y Estados Unidos de Norteamérica. El caso de España es original: el reconocimiento es amplio en lo referente a las libertades individuales (artículo 53,2) pero restringido en los demás temas (institucionales); veamos la normativa:
ESPAÑA – 31 de octubre de 1978

ART. 162
1. Están legitimados:
a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.
b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legitimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.
2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.
[xlix] Colombia, artículo 241; Perú, artículo 295. En la Argentina esto se ve solamente en la acción de habeas corpus.
[l] En Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación exceptúa a las cuestiones políticas no judiciables o actos de gobierno.
[li] Argentina y Estados Unidos de Norteamérica.
[lii] ESPAÑA – 31 de octubre de 1978
ART. 161
(…) La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
ART. 164
1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicaran en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.
2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.
ITALIA – 22 de diciembre de 1947
Articolo 136: Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla publicazione della decisione.
[liii] FRANCIA – 1958
Article 62: Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être ni promulguée ni mise en application.
Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d´aucun recours. Elles s´imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et

juridictionnelles.
[liv] Turquía, artículo 152, Constitución de 1961.
[lv] Perú en la Constitución de 1979, artículo 300.
[lvi] Alemania y Argentina (en este último lo son sólo para el caso concreto).
[lvii] CAFFERATA NORES, José; conferencia brindada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral en el mes de octubre de 1997.
[lviii] Constitución Nacional artículo 75 inciso 22 párrafo 2º in fine: “podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.”
[lix] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, página 348
[lx] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, página 335.
[lxi] 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 331.
[lxii] Fue el primer caso que la Corte estadounidense resolvió en aplicación de la Ley judicial (Judiciary Act) del 24 de septiembre de 1789, ver nota . Uno de los axiomas fijados por la Corte estadounidense fue el siguiente: “Una ley del Congreso repugnante a la Constitución no es ley.”
[lxiii] Vista del Procurador General en “Sojo”
[lxiv] Fragmento del voto del juez Marshall en “Marbury vs. Madison”.
[lxv] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 33:162
[lxvi] in re “Sojo” (Fallos, 32:125).
[lxvii] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 1:36
[lxviii] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 1:345
[lxix] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 3:131
[lxx] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 32:162
[lxxi] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 136:59
[lxxii] Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo y UBERTONE, Fermín Pedro, Control jurisdiccional de constitucionalidad en la obra colectiva “Desafíos del control de constitucionalidad” coordinada por el Dr. Víctor BAZÁN (Buenos Aires, editorial: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), 45 a 47.
[lxxiii] SAGÜÉS, Néstor Pedro, Opus citata en nota 6.
[lxxiv] “Strada”, Fallos, 308:490; “Machicote”, Fallos, 300:642. Videre supra Título UNO, Capítulo III, Punto4.
[lxxv] In re “Zamorano”, Fallos, 298:441
[lxxvi] GUASTAVINO, José M., “Prefacio a los Fallos de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación”, tomo I, S.N.T., página 3.
[lxxvii] Este requisito fue de creación jurisprudencial norteamericana en el caso “De Funis vs. Odegaard” donde la Corte dijo que si el agravio desapareció antes de la sentencia el caso ha enmudecido, aunque luego, en “Sosna vs. Iowa” aclaró que si el demandante representa a un sector social, aunque el caso enmudezca para el primero, debe seguir juzgándoselo para resolver la situación del resto del sector.
[lxxviii] “Gregolinsky y Cía.”, Fallos, 202:184
[lxxix] VANOSSI, Jorge Reinaldo y UBERTONE, Fermín Pedro, opus citata en nota 72, página 46.
[lxxx] HARO, Ricardo, Perspectivas del control de oficio de constitucionalidad en la obra colectiva “Desafíos del control de constitucionalidad” coordinada por el Dr. Víctor BAZÁN (Buenos Aires, editorial: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), páginas 136 y 137.
[lxxxi] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 2, páginas 366 y 367
[lxxxii] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[lxxxiii] Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario”, Fallos, 306/1:303, del 24 de abril de 1984.
[lxxxiv] VANOSSI, Jorge Reinaldo y UBERTONE, Fermín Pedro, opus citata en nota 72, página 49.
[lxxxv] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 2, página 350.
[lxxxvi] Videre infra Título TRES, Capítulo V, punto 7.
[lxxxvii] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 53:420. Véase también la interesante disidencia del doctor Varela.
[lxxxviii] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[lxxxix] “Granada” del 3/12/1985, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 307-2:2304 donde se revisa una declaración de estado de sitio; “Sueldo de Polesman” fallado el 23/4/1987, La Ley, 1987-C-245 donde se controla la actuación de las legislaturas de provincia; en “Ríos” fallado también el 23/4/1987, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 310-1:819 y en “Frente Justicialista de Liberación Nacional”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 287:31, se examinan cuestiones electorales.
[xc] Entre otros, los habitualmente rechazados han sido: declaración y puesta en vigencia del estado de sitio, declaración de necesidad de la reforma, intervención federal, ejercicio de la facultad de indultar por el Ejecutivo, asuntos electorales, etc.
[xci] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en pleno, 2 de agosto de 1977, caso “Jagger de Hopwood”, La Ley, 1977-C-397 y El Derecho, 74-247.
[xcii] Capítulo II, punto 3, apartado B)

[xciii] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en pleno, 4 de agosto de 1964, caso “Flucker y otros”, La Ley, 118-103, y JA, 1964-VI-323.
[xciv] Charles Evans Hughes, famoso jurista norteamericano, dijo “La Constitución es lo que la Corte dice que es.”
[xcv] VANOSSI, Jorge Reinaldo y UBERTONE, Fermín Pedro, opus citata en nota 72, página 68.
[xcvi] “Pastorino”, Fallos, 25:368
[xcvii] “Santín, Jacinto”, Fallos, 212:59
[xcviii] ídem nota 70.
[xcix] “Cerámica San Lorenzo”, La Ley, 1986-A-178.
[c] Capítulo II, punto 3, apartado C) I)
[ci] BIDART CAMPOS, Germán José; entrevista personalmente realizada por nosotros el día 23 de marzo de 1998. La grabación, que conservamos, nos pertenece.
[cii] ROMERO, César E. “La Corte Suprema y la interpretación constitucional” en Publicación del Instituto del Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, S.E., 1964, vol. Año VIII – Nº 3, página 11.
[ciii] PARTIDO SOCIALISTA POPULAR, Anteproyecto de Reforma de la Constitución Nacional (sin lugar, editorial: Ediciones “El Popular”, 25 de mayo de 1974), página 36/2. Artículo 194.
[civ] “Nación c/ Bemberg, Luis E., y otros” 01/01/50 T. 218, p. 807”; “Soc. Cooperativa Mutua Ltda. c/ Armijo, Rafael, suc.” 01/01/50 T. 217, p. 991; “Prov. de Bs. Aires c/ Cía. Unión Telefónica del Río de la Plata” 01/01/50 T. 217, p. 69”; “Pereda, Celedonio V.” 01/01/51 T. 219, p. 98; “Carmona, Juan Manuel c/ Pallavicini, E. y Cía., S.A. Com.” 01/01/51 T. 220, p. 115; entre muchos otros.
[cv] Cámara Nacional Civil y Comercial de Rosario, en pleno, Juris, 60-190.
[cvi] Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, La Ley, 1975-B-565.
[cvii] Videre infra Título TRES, Capítulo VIII
[cviii] ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Capítulo XXXIV, (Buenos Aires, editorial: Tor, 1948), Capítulo XXXIV, página 151.
[cix] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, página 361
[cx] “Cieza”, Fallos, 307:630 y “Ribo, Carlos A. c/ Estado Nacional” 28 de julio de 1988
[cxi] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, página 352
[cxii] cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, página 228

[cxiii] BAUDÓN, Héctor R. “Función institucional de la Corte Suprema de Justicia” en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1929, páginas 528 y 529.
[cxiv] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 307-1:1379, fallado el 20/8/1985.
[cxv] Artículo 22, última parte: Quien tenga suficiente interés jurídico podrá demandar ante el Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales de derogación de la norma impugnada. La impugnación será hecha pública y el trámite se entenderá dando intervención a cualquier persona que sostenga la constitucionalidad y al Poder Ejecutivo. Las costas que sean a cargo de cada interviniente, no podrán exceder la retribución mensual de un miembro del Tribunal. Si el Tribunal no hiciere lugar a la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión no podrá ser reeditada, quedando a salvo de los interesados la impugnación ante los jueces, con efectos específicos.
[cxvi] Artículo 5: El funcionario no sujeto a juicio político que viole las garantías de esta Constitución es enjuiciable directamente ante el Tribunal Constitucional, el cual ordenará la inhabilitación absoluta o temporaria que no baje de un año, del funcionario culpable. En caso de reincidencia, la inhabilitación será absoluta.
El juicio no tendrá otro alcance que el expresado, aparte de las sanciones que las leyes establecen o establecieren que se harán efectivas ante los tribunales comunes.
La acusación puede ser hecha por cualquier habitante de la provincia.
[cxvii] NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. (Buenos Aires, editorial: Astrea, 1992), páginas 673 a 706.
[cxviii] CARRIÓ, Genaro R. “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría – Propuestas de reformas normativas para hacerlos más compatibles.”, La Ley, 10 de julio de 1990, vol. Año LIV – Nº 129, páginas 1 a 4. Obsérvese que algunas de las propuestas de Carrió fueron recepcionadas por la Convención Nacional Reformadora de 1994.
[cxix] Entendemos por plebiscitaria aquella sociedad cuyos electores, mediante el sufragio y los reclamos populares, va generando acuerdos mayoritarios sobre los temas de macropolítica.
[cxx] CARRIÓ, Genaro R., opus citata en nota 123, página 1.
[cxxi] BICKEL, Alexander, The least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics, citado por NINO, Carlos Santiago, opus citata en nota 122, página 684.
[cxxii] cfr. ALFONSÍN, Raúl Ricardo, “La reforma constitucional de 1994” (Buenos Aires, editorial: Tiempo de ideas, 1994), página 20.

[cxxiii] ALBERDI, Juan Bautista, opus citata en nota 113, Capítulo XXXIV, página 155.
[cxxiv] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 12:134.
[cxxv] NINO, Carlos Santiago, opus citata en nota 122, página 658.
[cxxvi] HAMILTON, Alexander, opus citata en nota 61, página 334.
[cxxvii] GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Capítulo XIX, (Buenos Aires, editorial: Ángel Estrada y Cía., sin fecha de publicación), edición: decimoséptima, páginas 614 y ss.
[cxxviii] Título UNO, Capítulo II, 1.2
[cxxix] PIZZATELLI, Carlos Alberto y LUGONES, Narciso J.; “El recurso extraordinario federal y los recursos nacionales de casación e inconstitucionalidad.”, La Ley, 24 de junio de 1992, vol. Año LVI – Nº 120, página 1.
[cxxx] Ley 48, artículo 15 in limine.
[cxxxi] BIDART CAMPOS, Germán José; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino – Tomo I (Buenos Aires, editorial: EDIAR, 1992), página 454.
[cxxxii] Recuérdese que la ley 48 es, en numerosos párrafos, entre ellos el artículo14, una copia textual de la Ley Judicial (Judiciary Act) de los Estados Unidos de Norteamérica del 24 de septiembre de 1789 (80 años antes de nuestra 48).
[cxxxiii] La renumeración y la cursiva son nuestras e indican la adecuación, que consideramos lógica, de la ley al nuevo texto constitucional..
[cxxxiv] cfr. BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 136, página 456.
[cxxxv] GONZÁLEZ, Joaquín V., opus citata en nota 132, pág.614.
[cxxxvi] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán José; y SAGÜÉS, Néstor Pedro, opi citatae en notas 136 y 6, páginas 456 y 250, respectivamente.
[cxxxvii] Estados que conformaban en aquel momento la Unión.
[cxxxviii] Monstruo mitológico de 7 cabezas.
[cxxxix] HAMILTON, Alexander, opus citata en nota 61, Capítulo LXXX, páginas 338 y 339.
[cxl] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 136, páginas 457 y 458.
[cxli] ULLA, Decio Carlos Francisco, “Recurso extraordinario”, en “Cuadernos”, publicación del instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Litoral, nº 1, noviembre de 1973.
[cxlii] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota, página 482.
[cxliii] Cfr. BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota, página 483.
[cxliv] Videre en este título, Capítulo I, punto 4.
[cxlv] in re “Strada” del 8 de abril de 1986 (La Ley,1987-A-326).
[cxlvi] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, página 254, §324.
[cxlvii] Fallos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 307:885 y 310:1465
[cxlviii] SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El ‘writ of certiorari’ argentino (Las reformas de la

ley 23.774, respecto al recurso extraordinario.”, La Ley, 18 de mayo de 1990, vol. Año LIV – Nº 96, página 2.
[cxlix] Videre artículo 18, Constitución Nacional
[cl] Artículo 16 in fine, ley 48.
[cli] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, página 253, §323
[clii] Fallos, 285:290
[cliii] Fallos, 289:36
[cliv] Fallos, 300:417
[clv] Fallos, 257:134
[clvi] Fallos, 308:1795; La Ley, 1991-B-295.
[clvii] Fallos, 245:425 y 294:327
[clviii] SPOTA, Antonio Alberto, “El principio de supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial Federal.”, La Ley, 2 de julio de 1993, vol. Año LVII – Nº 124, página 4.
[clix] “Dromi” (La Ley, 1990-E-97)
[clx] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, página 255, §326.
[clxi] Constitución Nacional Artículo18
[clxii] GUASTAVINO, Elías P.; “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad” – Tomo I (Buenos Aires, editorial: La Rocca, 1992), páginas 30 y 31.
[clxiii] Artículos 18 y 33, Constitución Nacional
[clxiv] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 112:384.
[clxv] SPOTA, Antonio Alberto, opus citata en nota 163, página 2.
[clxvi] In re “Berçaitz, Miguel Ángel” del 13/9/74, JA nº4649 del 9/12/74.
[clxvii] BIDART CAMPOS, Germán José; y SAGÜÉS, Néstor Pedro, opi citatae en notas 136 y 6.
[clxviii] VOCOS CONESA, Eduardo, “Los recursos ante la Corte Suprema Nacional”, Jurisprudencia Argentina, 7 de septiembre de 1973, vol. nº 4350, página 3.
[clxix] “Alabern, Fábrega y Cía. S.A., 29/11/72
[clxx] JA 18-1973-91
[clxxi] Causa S.464, 31/5/72.
[clxxii] Fallos, 266:308
[clxxiii] Fallos, 266:305
[clxxiv] “Zamorano”, Fallos, 298:441
[clxxv] NUÑEZ, Ricardo C., “Un desfiguramiento de la Constitución”, Jurisprudencia Argentina, 17 de mayo de 1973, vol. nº 4277, página 2.
[clxxvi] “Siri, Ángel”, Fallos 239:459
[clxxvii] SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica”, El Derecho, 108, página 951.

[clxxviii] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 182, página 951.
[clxxix] ALMAFUERTE, “El misionero”.
[clxxx] “Espíritu del pueblo”, expresión muy utilizada por Savigny.
[clxxxi] BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Desafíos del Control de Constitucionalidad, obra colectiva dirigida por el mismo, (Buenos Aires, editorial: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), páginas 174 y 175.
[clxxxii] 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.
[clxxxiii] ALBERDI, Juan Bautista, opus citata en nota 113, Capítulo XXXIV, página 147.
[clxxxiv] LUNA, Félix, “Yrigoyen” (Buenos Aires, editorial: Hyspamérica, 1986), página 192.
[clxxxv] Leandro Alem.
[clxxxvi] Videre supra Título UNO, Capítulo VI.
[clxxxvii] Feliz expresión de Kantorowicz.
[clxxxviii] HAMILTON, Alexander, opus citata en nota 61, página 332.
[clxxxix] Constitución Nacional artículo 18 in limine.
[cxc] cfr. BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, página 246.
[cxci] ROSATTI, Horacio Daniel, “Introducción”, en la obra colectiva “La reforma de la Constitución” (Santa Fe, editorial: Rubinzal – Culzoni, 1994), página 11.
[cxcii] DOMÍNGUEZ, Alberto, “Las cláusulas constitucionales programáticas y su valor jurídico”, en Publicación del Instituto de Derecho Constitucional, 1965, Año IX – Número 4, página 12.
[cxciii] DOMÍNGUEZ, Alberto, opus citata en nota 197, página 26.
[cxciv] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 182, páginas 951 y siguientes.
[cxcv] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 182, página 954.
[cxcvi] DOMÍNGUEZ, Alberto, opus citata en nota 197, página 13.
[cxcvii] SAGÜÉS, Néstor, opus citata en nota 182, página 949.
[cxcviii] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, página 237.
[cxcix] 3.2.a
[cc] MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes” Libro XI, Capítulo VI; traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (Barcelona, España, editorial: Ediciones Altaya, 1993), página 119.
[cci] ALBERDI, Juan Bautista, opus citata en nota 113, Capítulo XXXIII, páginas 144 y 145.

[ccii] cfr. ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar; LÓPEZ CABANA, Roberto, “Curso de Obligaciones” – Tomo I (Buenos Aires, editorial: Abeledo-Perrot, 1993), 52.
[cciii] Artículo 18 in limine Constitución Nacional
[cciv] Artículo 39, 2º párrafo
[ccv] Disposición Transitoria Tercera Constitución Nacional
[ccvi] SAGÜÉS, Néstor, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial.”, El Derecho 124, página 950 y siguientes.
[ccvii] cfr. SAGÜÉS, Néstor, opus citata en nota 211, página 950.
[ccviii] BIDART CAMPOS, Germán, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, El Derecho 78, página 785.
[ccix] Constitución Nacional artículo 76.
[ccx] Ley de dudosa constitucionalidad, pues permite la compleción de un tipo penal sin ley del congreso. El artículo 18 de la Constitución Nacional habla de ley y ha de entenderse en sentido estricto.
[ccxi] Constitución Nacional artículo 99 inciso 2.
[ccxii] Constitución Nacional 99 inciso 3. Ver más abajo (capítulo X, punto 5) los problemas que esta figura presenta actualmente.
[ccxiii] Constitución Nacional art., 114, primer párrafo.
[ccxiv] Constitución Nacional artículo 113.
[ccxv] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, páginas 220 y subsiguientes.
[ccxvi] Constitución Nacional Artículo 129, 1º párrafo
[ccxvii] Constitución Nacional, Disposición Transitoria decimoquinta, que refiere al artículo 129
[ccxviii] Constitución Nacional Artículo 39 y Disposición Transitoria tercera.
[ccxix] Constitución Nacional artículos 75 inciso 27 y 99 inciso 13
[ccxx] Constitución Nacional artículo 40, 3º párrafo.
[ccxxi] Videre infra Capítulo X, punto 1.1, sobre las distintas clases de cláusulas programáticas.
[ccxxii] Videre infra Capítulo V.
[ccxxiii] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, página 228.
[ccxxiv] Constitución Nacional Artículo 16
[ccxxv] cfr BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, página 229.
[ccxxvi] “Bonorino Peró”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”.
[ccxxvii] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, páginas176 a 201.
[ccxxviii] SAGÜÉS, Néstor, opus citata en nota 211, páginas 954 y 955.
[ccxxix] Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, citado por BAZÁN, Víctor, en opus citata en nota 186, pág199.
[ccxxx] Videre Título UNO, Capítulo II Punto 2.2 C) a)

[ccxxxi] Toda la traducción nos pertenece.
[ccxxxii] Videre supra Título TRES, capítulo IV, Punto 5.A
[ccxxxiii] Kiper, Claudio Marcelo, “La jurisdicción constitucional en Italia (La Corte Constitucional)”, La Ley, 9 de diciembre de 1983, año LVII, nº 234, páginas 1 a 6.
[ccxxxiv] Kiper, Claudio M., opus citata en nota 238, página 4.
[ccxxxv] Sentencias 103 y 14, 22 y 23/11/1983.
[ccxxxvi] Sentencia 15, 23/4/82.
[ccxxxvii] Código Civil Suizo sancionado el 10/12/1907 que rige desde el 1º/1/1912.
[ccxxxviii] BIDART CAMPOS, Germán, “Las omisiones inconstitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro”, El Derecho 129, página 950.
[ccxxxix] Podría traducirse como “Mandamos…” (se trata de la primera persona plural del verbo latino “mando”, perteneciente a la primera conjugación).
[ccxl] Así fue en “Pichetto, Miguel Ángel s/ mandamiento de prohibición” (Expte. nº 9.258/93) sentenciado el 16 de abril de 1993, donde el Superior Tribunal exigió a la Legislatura que deje de violar las normas tuitivas de la minoría en el Consejo de la Magistratura.
[ccxli] “Robles de Giovannini, Modesta V. s/ Mandamus” (expte. nº 7623/89, sentenciado en 1991)
[ccxlii] “Partido Justicialista de la provincia de Río Negro s/ Mandamus” (expte. nº 8934/92). Voto del doctor Osella quien consideró que pese a llenarse estos requisitos la acción debía ser desestimada pues debió encuadrarse como acción de inconstitucionalidad por omisión y no como mandamus.
[ccxliii] Videre nota 240.
[ccxliv] Artículo 5: El funcionario no sujeto a juicio político que viole las garantías de esta Constitución es enjuiciable directamente ante el Tribunal Constitucional, el cual ordenará la inhabilitación absoluta o temporaria que no baje de un año, del funcionario culpable. En caso de reincidencia, la inhabilitación será absoluta.
El juicio no tendrá otro alcance que el expresado, aparte de las sanciones que las leyes establecen o establecieren que se harán efectivas ante los tribunales comunes.
La acusación puede ser hecha por cualquier habitante de la provincia.
[ccxlv] Zerdan, Horacio Augusto, “El Tribunal Constitucional de Tucumán”, La Ley, 16 de enero de 1996, Año LX, nº 11, página 1.
[ccxlvi] Es el nombre que le da la Constitución de Córdoba, que en su artículo 115 lo regula automáticamente (sin mediación de ningún tribunal) y con posibilidad de que la mayoría de los miembros de la Cámara rechacen la urgencia del trámite otorgándole al proyecto del ejecutivo el trámite ordinario.
[ccxlvii] Principalmente ver artículos 8; 9 párrafos 4, 7 y 9; 19, párrafo 1; 20 párrafo

3; 21; 23; 24; 25; 27; 28...
[ccxlviii] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, página 201 a 220.
[ccxlix] “Bonorino Peró”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”.
[ccl] En “Bonorino Peró, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”, fallado el 15 de noviembre de 1985, que fue el que abrió la serie de fallos similares, la Corte estuvo integrada por los doctores Bidart Campos, Morello, Moisset de Espanés, Gavier y Terán Lomas.
[ccli] Pacto de San José de Costa Rica, artículo 14.1
[cclii] Considerando 22, segundo párrafo, de la mayoría.
[ccliii] Considerando 22, tercer párrafo, de la mayoría.
[ccliv] Considerando 31 de la mayoría.
[cclv] Videre Título UNO, Capítulo II, 2.6 y Capítulo IV 2.7
[cclvi] Videre infra Capítulo IX, Punto4.
[cclvii] Capítulo VII, especialmente punto 5.
[cclviii] Constitución Nacional Artículo 86.
[cclix] Cámara Federal de Rosario, JA, 14-1972-616.
[cclx] Título DOS, Capítulo II.
[cclxi] Artículo 239 del Código Penal.
[cclxii] Videre infra Título TRES, Capítulo IX, Punto 1.
[cclxiii] Videre supra Título UNO, Capítulo IV, 2.5.B).
[cclxiv] Videre supra Título TRES, Capítulo IV, punto 5 A).
[cclxv] Videre supra Título TRES, Capítulo IV, punto 5 B).
[cclxvi] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, páginas 787 y 788.
[cclxvii] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, página 355.
[cclxviii] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, página 788.
[cclxix] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, páginas 788 y 789.
[cclxx] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, página 786.
[cclxxi] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, página 788.
[cclxxii] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 213, página 789.
[cclxxiii] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 2, páginas 379 y 380
[cclxxiv] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[cclxxv] BIDART CAMPOS, Germán José; entrevista citada en nota 107.
[cclxxvi] SAGÜÉS, Néstor Pedro; opus citata en nota 211, página 958.
[cclxxvii] SAGÜÉS, Néstor Pedro; opus citata en nota 211, página 959.
[cclxxviii] SAGÜÉS, Néstor Pedro; opus citata en nota 211, página 959.
[cclxxix] NINO, Carlos Santiago, opus citata en nota 122, páginas 188 y 189.
[cclxxx] NINO, Carlos Santiago, opus citata en nota 122, página 193.
[cclxxxi] Alude a democrático como fruto del debate mayoritario, más propio de los

otros dos poderes que del judicial.
[cclxxxii] Tal es lo que se busca con la fijación de un plazo prudencial al órgano omitente para que cumpla con el imperativo constitucional.
[cclxxxiii] NINO, Carlos Santiago, opus citata en nota 122, página 706.
[cclxxxiv] SPOTA, Alberto A., “Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas”. (La Plata, 1983), página 179; citado por SAGÜÉS, Néstor Pedro; opus citata en nota 211, página 955.
[cclxxxv] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, páginas 248 y 249.
[cclxxxvi] BAZÁN, Víctor, opus citata en nota 186, pág.255.
[cclxxxvii] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional en la obra colectiva “La reforma de la Constitución” (Santa Fe, editorial: Rubinzal – Culzoni, 1994), página 118.
[cclxxxviii] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, opus citata en nota 292, páginas 119 y 120.
[cclxxxix] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, opus citata en nota 292, página 122.
[ccxc] INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL (Director: doctor Rouzat, Adolfo R.), “Proyecto de Constitución para la Nación Argentina y Exposición de Motivos. El proyecto en la Honorable Convención Reformadora de 1957” (Santa Fe, editorial: Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1960), edición: segunda, páginas 84 y 86.
[ccxci] Actas Tº 2º, páginas 1019/20.
[ccxcii] PARTIDO SOCIALISTA POPULAR, opus citata en nota 109, página 4/2 y 5/2.
[ccxciii] Un caso muy claro es el párrafo cinco del inciso 2 del artículo 75, donde el Congreso aprobará una ley para permitir la transferencia de competencias, servicios o funciones, facultad que ejerce sólo cuando considera necesaria la transferencia en cuestión. Es una facultad propia del Congreso, ya que constitucionalmente la existencia o no de transferencias es indiferente, sólo corresponde a la Constitución determinar el procedimiento. También son clarísimos los incisos 4 y 5 del mismo artículo donde contraer o no empréstitos y disponer o no de las tierras nacionales, es atribución exclusiva del poder constituido; así también todo lo relativo a la aprobación o desecho de tratados internacionales.
[ccxciv]Constitución Nacional Artículo 75, inciso12 in limine.
[ccxcv] Constitución Nacional Artículo 40.
[ccxcvi] ALBERDI, Juan Bautista, opus citata en nota 113, Capítulo XXXIV, página 152.
[ccxcvii] Constitución Nacional, Artículo 75, inciso 20 y artículo 108 in fine.
[ccxcviii] Constitución Nacional, Artículo 100, 1º párrafo.

[ccxcix] Constitución Nacional, artículo 3.
[ccc] Constitución Nacional, Artículo 85.
[ccci] PADILLA, Miguel M., “La reforma de la Constitución Nacional” en “Constitución de la Nación Argentina” (Buenos Aires, editorial: Abeledo-Perrot, 1995), edición: segunda, página 25.
[cccii] El caso arquetípico es el de la reforma de 1957 cuyo 14 bis es un largo catálogo de delegaciones.
[ccciii] El artículo III, sección 2 de esa Constitución es casi textualmente idéntico al 118 nuestro.
[ccciv] Fallado el 7 de diciembre de 1911.
[cccv] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 115-92; citado por SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional”, El Derecho 92, página 910.
[cccvi] MIRKIN, Gastón Ariel, “Juicio por jurados: su falta de implementación”, La Ley, 18 de diciembre de 1997, página 4.
[cccvii] Aprobada por el Congreso Nacional en 6 de octubre de 1871.
[cccviii] JA, t.III, Sec. Legislativa, página 55.
[cccix] GONZÁLEZ, Joaquín V., opus citata en nota 132, páginas 193 y 194.
[cccx] MIRKIN, Gastón Ariel, opus citata en nota 311, página 3.
[cccxi] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 310, página 912.
[cccxii] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, página 483.
[cccxiii] BIDART CAMPOS, Germán José; opus citata en nota 2, tomo 2, página 303.
[cccxiv] ITURRALDE, Norberto Juan; entrevista personalmente registrada por nosotros el 24 de marzo de 1998. La grabación, que conservamos, nos pertenece.
[cccxv] Videre supra 3.2
[cccxvi] MONTESQUIEU, opus citata en nota 205, Libro XI, Capítulo VI, páginas 116 y 117.
[cccxvii] Constitución de Cuba – 24 de febrero de 1976
ART. 14. En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También rige el principio de distribución socialista de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo. La Ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio.
[cccxviii] Diario de Sesiones, páginas 1440 y 1447 respectivamente.
[cccxix] NINO, Carlos Santiago, Dictamen preliminar presentado al presidente de la Nación, doctor Raúl Alfonsín por el Consejo para la Consolidación de la Democracia creado el 13 de marzo de 1986 y presidido por el mismo Nino, con la finalidad de

preparar un proyecto consensuado de reforma constitucional, el cual es uno de los antecedentes doctrinarios que más influyera en la reforma de 1994.
[cccxx] BIDART CAMPOS, Germán; opus citata en nota 2, tomo II, página 199.
[cccxxi] SAGÜÉS, Néstor Pedro, opus citata en nota 6, tomo II, página 272.
[cccxxii] 31 de marzo de 1998.
[cccxxiii] Para este artículo la Convención debió considerar un despacho único de la Comisión de Coincidencias Básicas redactado el 20 de julio de 1994 y lo aprobó en la sesión ordinaria del primero de agosto del mismo año.
[cccxxiv] Desde cuándo se cuentan los 10 días que establece la Constitución Nacional es según nuestra interpretación, que nos parece adecuada al texto constitucional.
[cccxxv] ALFONSÍN, Raúl Ricardo, opus citata en nota 127, página 44. En el mismo lugar el doctor Alfonsín reconoce dos fuentes inspiradoras del texto que comentamos: artículo 77 de la Constitución italiana y la obra de Rafael Bielsa. Estos datos, sin duda, servirán para la interpretación del texto.
[cccxxvi] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[cccxxvii] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[cccxxviii] QUIROGA LAVIÉ, Humberto, opus citata en nota 292, página 120.
[cccxxix] “Zamorano”, Fallos, 298:441
[cccxxx] BIDART CAMPOS, Germán José; entrevista citada en nota 107.
[cccxxxi] BIDART CAMPOS, Germán José; entrevista citada en nota 107.
[cccxxxii] BIDART CAMPOS, Germán José; conferencia citada en nota 3.
[cccxxxiii] Bidart Campos, Germán José, entrevista citada en nota 101.