

Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial^(*)

Néstor Pedro Sagüés

Profesor Titular de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Rosario (Argentina).

I. INTRODUCCION. DISTINTOS TIPOS Y NIVELES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.

La doctrina constitucionalista clásica y el Derecho Procesal han desarrollado magníficamente el tema de la inconstitucionalidad **por exceso** de los poderes Legislativo y Ejecutivo. El tema ha dado lugar, últimamente, incluso a una nueva asignatura, el **Derecho Procesal Constitucional**, ocupado de analizar la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que en definitiva son trámites tuitivos de la supremacía constitucional⁽¹⁾.

No obstante ese despliegue conceptual, hay una faceta del problema poco explotada y que, sin embargo, es de gran significación. Aludimos a la inconstitucionalidad **por omisión**, vale decir, cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta. Aunque es muy fácil entender que la Constitución puede ser violada tanto por un **hacer** como por un **no hacer** contra ella, esto último no llamó hasta hace unos lustros la atención del grueso de la literatura especializada.

La inconstitucionalidad por omisión es de diversas clases. Un tipo alude al comportamiento omisivo de actos individuales: por ejemplo, la falta de pronunciamiento de algún órgano del Poder Ejecutivo en algún punto sobre el que debe expedirse. Esto sí ha sido tratado, especialmente cuando se habla de silencios de la administración pública, en figuras procesales como el amparo por mora de la administración o por omisión o inacción, que han dado lugar, por ejemplo, al **writ of mandamus** y al **mandamiento de ejecución**⁽²⁾. En cambio, el camino a seguir ante omisiones también de corte individual de tipo *"político"* (como la falta de designación del Presidente de un Ministro, por ejemplo, cuando constitucionalmente debe hacerlo) no ha sido estudiado mayormente, y alguna vez se lo ha juzgado casi fuera del Derecho⁽³⁾. En el mejor de los casos, la cuestión ha sido derivada hacia rubros como el **impeachment** o mecanismos constitucionales de responsabilidad política.

Una segunda categoría de inconstitucionalidad por omisión refiere a la falta de omisión de normas generales por parte de quien debe pronunciarlas. Por supuesto, y en primer lugar, por parte del Poder Legislativo. El asunto aparece casi siem-

(*) IUS ET VERITAS agradece al Dr. Néstor Pedro Sagüés por conceder el permiso para la publicación del presente artículo en nuestra Revista.

(1) Sobre el Derecho Procesal Constitucional, Cfr. Fix Zamudio, Héctor. "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en "Memoria de El Colegio Nacional", tomo IX, núm. 4, 1981, p. 40 y sgtes.; Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario". 3a. ed. (Buenos Aires, 1992) ed. Astrea, p. 3 y sgtes.; y especialmente, González Pérez, Jesús. "Derecho Procesal Constitucional" (Madrid, 1980), ed. Civitas, passim. Hitters, Juan C. "El derecho procesal cons-

titucional" en E.D. t. 121.

(2) Cfr. nuestro "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo". 3a. ed. Buenos Aires 1991. Ed. Astrea, p. 73 y sgtes.

(3) Es conocida la tesis de Georg Jellineck, en el sentido que "lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica", dando como ejemplo de esa imposibilidad político-jurídica el caso de deposición por el Emperador del Canciller y la no designación de su reemplazante (se refería a la Constitución alemana de 1871). Cfr. Jellineck, Georg. "Teoría General del Estado", trad. por Fernando de los Ríos (Buenos Aires, 1954), ed. Albatros, p. 23.

pre con las llamadas "cláusulas programáticas" de la Constitución, que sientan directrices y obligan al legislador ordinario a dictar normas (por lo común, leyes) instrumentales de tales cláusulas programáticas. Aquí atenderemos especialmente esta faceta de la inconstitucionalidad omisiva, producto del "ocio legislativo", según la expresión de Alberto Borea Odría.

Conviene advertir, desde luego, que la omisión legislativa inconstitucional puede no limitarse al incumplimiento de las cláusulas programáticas. En el caso italiano, por ejemplo, las "omisiones del legislador" es posible que surjan cuando no dicte disposiciones para regular "las relaciones jurídicas surgidas a partir de un decreto no convertido" (artículo 77º cláusula 3 de la Constitución. Se trata de los denominados también decretos "de necesidad y urgencia" expedidos por el Poder Ejecutivo en materias propias de ley ordinaria, y no convalidados por el Parlamento como ley en el plazo que fija el mismo artículo 77º). También emergen omisiones del legislador (que habrá que ver en cada caso si son realmente inconstitucionales) cuando una ley es derogada por un referéndum, o extinguida por inconstitucional por la Corte Constitucional, y el Poder Legislativo guarda silencio ante el vacío normativo que así se produce⁽⁴⁾.

Respecto al Poder Ejecutivo, su omisión inconstitucional en materia de normas generales es evidente cuando deja de reglamentar las normas sancionadas por el Parlamento, en el supuesto que la Constitución le encomiende tal tarea regulatoria. También, si el Poder Legislativo delega en él competencias legisferantes con determinado objeto (siempre, naturalmente, que la Constitución admita tal delegación), y después no dicte las normas del caso.

No es frecuente que la Constitución encomiende al Poder Judicial el pronunciamiento de normas de tipo general, y por ende, es difícil encontrar, en cuanto la judicatura, inconstitucionalidades por omisión del tipo que estamos tratando⁽⁵⁾. Sin embargo, ocasionalmente la Constitución da al Poder Judicial ciertos roles legisferantes expresos (el artículo 99º de la Constitución argentina, v.gr., dice que "La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico..." y en tal hipótesis,

si no los cumple, entra en el campo de la inconstitucionalidad por omisión normativa de índole general.

El presente estudio se centrará, conforme se anticipó, a la inconstitucionalidad por omisión legislativa ante las cláusulas programáticas de la Constitución, y su remedio según los marcos constitucionales; en particular, a través del control judicial de constitucionalidad.

II. OMISIONES DEL PODER LEGISLATIVO. CASO DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS.

La distinción entre normas constitucionales "programáticas" y normas constitucionales "operativas" es discutida. No obstante, resulta generalmente aceptada, y no deja de ser útil.

La cláusula constitucional "programática" es aquella no **auto-operativa**, o no **auto-aplicativa** (también se la llama "de efecto diferido"). En concreto, esta cláusula, para actuar, requiere el dictado de otra norma (infraconstitucional) que la desarrolle, instrumente o reglamente. Por eso, las cláusulas programáticas han sido definidas como **bajo condición suspensiva** (la "condición" es el dictado de dicha norma infraconstitucional, que una vez emitida convierte a la regla programática en **operativa**)⁽⁶⁾.

Werner Goldschmidt, desde el ángulo de la teoría tridimensional del derecho, ejemplifica como caso de prescripciones no operativas tanto a los "principios de normación" (que no son normas, dice, sino directrices que deben ser desarrolladas después por normas auténticas. Esos "principios" corresponden a las habitualmente llamadas "cláusulas programáticas" de una Constitución), como a las "normas incompletas" (que requieren, para entrar en acción, una norma reglamentaria posterior: en nuestro caso, la norma infraconstitucional. Apreciadas rigurosamente, las normas incompletas, o imperfectas, presentan una situación que "sería prácticamente asimilable a la de un proyecto de ley aceptado por una Cámara, pero aún necesitado de la aceptación de parte de la otra").⁽⁷⁾

(4) Cfr. Pizzorusso, Alessandro. "Lecciones de Derecho Constitucional", trad. por Javier Jiménez Campo (Madrid, 1984), Centro de Estudios Constitucionales, t. II, p. 193.

(5) Naturalmente, si un órgano del Poder Judicial, y especialmente su Corte Suprema, deja de sentenciar en un caso, está actuando inconstitucionalmente, puesto que el "derecho a la jurisdicción" incluye el derecho a obtener un pronunciamiento judicial válido. Pero aquí no nos estamos refiriendo a la omisión de dictar normas individuales (como son, por lo común, las sentencias judiciales) sino normas generales. Si lo que debe decidir un órgano judicial vale como norma gene-

ral, su omisión resultaría doblemente inconstitucional; por no omitir fallo, y por no pronunciar una norma general, esto último importaría una mora legisferante.

(6) Cfr. Vanossi, Jorge R. "Teoría Constitucional" (Bs. As. 1976), ed. Depalma, t. II pp. 2 y 3; Quiroga Lavié, Humberto. "Derecho Constitucional" (Bs. As. 1978), ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, pp. 138 y 139.

(7) Goldschmidt, Werner. "Introducción filosófica al Derecho", 4a. ed. (Bs. As. 1973), ed. Depalma, pp. 284 y 285. Para este autor, existen "principios de normación" que pueden ser operativos: p. 286.

Claro está que existen normas programáticas de distinta textura. Algunas enuncian metas y propósitos realizables en un futuro lejano, otras a mediano plazo, y algunas a corto término⁽⁸⁾. Hay, por lo demás, normas programáticas muy generales, y otras con objetivos concretos. Como ejemplo de las primeras, puede mencionarse el artículo 10º in fine de la Constitución de Turquía de 1961, cuando prevé que *"El Estado dispondrá las condiciones necesarias para el desarrollo de la existencia material y espiritual del individuo"*. Como muestra de las segundas, cabe mencionar al artículo 121º de la actual Constitución española: *"Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley"*.

Las normas constitucionales *"operativas"*, por su parte, son **autoaplicativas**: se efectivizan sin necesidad de pronunciar una norma infraconstitucional que las complemente. Si se quiere mencionar un texto enfático sobre el punto, puede recordarse al artículo 3º inciso a) de la Constitución de la República Rusa de 1918: *"Para realizar la socialización de la tierra queda suprimida la propiedad privada de la misma; todas las tierras se declaran propiedad nacional"*.

III. EFICACIA DE LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS.

La utilidad de las cláusulas constitucionales programáticas puede y debe analizarse en dos planos: el sociológico y el normativo.

1. Ambito Sociológico.

Hay diversas razones que conspiran contra la eficacia de la norma constitucional programática. Algunas provienen del mismo legislador constituyente; otras, de la mentalidad jurídica reinante en una comunidad determinada.

a. Utopismo: A menudo, el constituyente padece de un altruismo irrealizable, que puede ser inconsciente o consciente. O no mide los costos jurídico-políticos y económicos de su proposición consti-

tucional, o los mide, y aún advirtiendo la falencia de recursos, realiza lo mismo su oferta programática. El utopismo constituyente se encuentra vinculado a la llamada *"constitución-promesa"*, modelo opuesto a la *"constitución-contrato"*, temas éstos que hemos atendido en un trabajo anterior al que derivamos al lector⁽⁹⁾.

b. Gatopardismo⁽¹⁰⁾: En tal supuesto, la cláusula constitucional programática opera como *"norma-anestesia"*: simula el cambio, satisfaciendo así expectativas de reforma. Pero de hecho conserva básicamente la situación existente.

c. Demagogia: En el plano constituyente, estriba en proclamar cláusulas –generalmente imposibles de concretar– destinadas a captar el apoyo popular, independientemente de su acierto o contribución al bien común.

d. Plagio: O imitación constituyente de preceptos foráneos, que trasplantados sin más al ámbito local fracasan en su implementación por su desarraigo, impracticabilidad o ajenidad a la idiosincracia nacional⁽¹¹⁾.

e. Multiformismo: Este vicio constituyente consiste en redactar un precepto de circunstancias, en cuyo texto hay coincidencia mayoritaria, pero no en la interpretación de su contenido. Esto puede desembocar en la abstención legislativa posterior, o en una opción legislativa incorrecta para efectivizar el mensaje constitucional, ante el desconcierto intrínseco de éste.

f. Antilegalismo: Esta es una tendencia de ciertas comunidades que entienden como aceptable (e incluso admirable) la evasión al cumplimiento de la norma; y que, por ende, comprenden que el legislador común no obedece al constituyente. A eso se suma la impunidad jurídica y política que habitualmente rodea al legislador ordinario, si no instrumenta el mensaje de la Constitución enunciado en una cláusula programática; ésta se convierte, en tales sociedades, en una mera **invitación** para el Poder Legislativo, y nunca en un **deber**.

(8) V. Sagüés, Néstor Pedro. *"Constitucionalismo Social"*, en *"Tratado de Derecho del Trabajo"* dirigido por Antonio Vázquez Vialard (Bs. As. 1982), ed. Astrea, t. II p. 798, con cita de la opinión de Miguel Padilla.

(9) Cfr. nuestro trabajo *"Las cláusulas programáticas sociales de la constitución nacional y su eficiencia jurídica"*, en *"El Derecho"* (Bs. As. 1984), t. 108.

La Constitución-promesa se caracteriza por formular una lista de metas *"que hay que alcanzar en el futuro y no de los derechos de que hay que disfrutar en el presente"*: Rasmussen, Jorgen. *"El Proceso Político"*, trad. por Rafael Castillo Dibildoz

(México, 1971) ed. Diana, p. 44. La Constitución-contrato, en cambio, importa un *"conjunto de obligaciones y limitaciones que se pueden imponer al Poder del Gobierno"* (ob. y p. cit.); esto es, un documento que denuncia derechos requeribles.

(10) Lampeduss, G. Tomasi di. *"El gatopardo"*, trad. de Fernando Gutiérrez (Barcelona, 1980), ed. Argos-Vergara, p. 35.

(11) En materia de plagio constitucional, cfr. Rouzaut, Adolfo y Sagüés, Néstor Pedro. *"Pautas sobre las modificaciones de las estructuras estatales en función de las transformaciones producidas en la actividad del Estado"*; en López, Mario Justo y otros. *"Organización jurídico-política del Estado"* (Bs. As. 1981), ed. Universidad de Belgrano, p. 147 y sgtes.

Algunas veces, ya por desidia, ya por resignación, ya por falta de divulgación del texto constitucional, la comunidad llega incluso a olvidarse de importantes partes del mensaje programático del constituyente.

2. Ambito normativo.

En este sector coexisten posiciones controvertidas en torno a la eficacia de las normas constitucionales programáticas.

a. Teoría de la Ineficacia: De vez en cuando se ha sostenido que esas reglas son **normas impropias**, o meramente formales, que padecen de una debilidad congénita, careciendo de importancia y de vigor como normas constitucionales⁽¹²⁾. Interesa recordar en este punto, también, la opinión del Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la causa "José Cantarini C. Acindar", cuando calificó a ciertas reglas programáticas de la Constitución de 1949 como "meros enunciados verbales", que "no consagran derecho alguno", puesto que "en definitiva, la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamente el derecho, y no de la circunstancia de que, para aquel reconocimiento, el texto fundamental utilice fórmulas innecesariamente enfáticas ..."⁽¹³⁾.

b. Teoría de la Eficacia: En el extremo opuesto, Rolando E. Pina explica que toda norma constitucional debe poseer su cuota de operatividad: la calificación de una regla constitucional como "programática" es, indica, "una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales", sin fundamento jurídico. Si se aceptase la existencia de reglas constitucionales puramente programáticas, se estaría dando grado de poder constituyente al Poder Legislativo ordinario, quien así tendría la potestad y criterio soberano de instrumentar o no a su gusto una cláusula constitucional⁽¹⁴⁾.

c. Teoría de la Eficacia Parcial: Por último, una tercera posición advierte que las normas constitucionales programáticas tienen **cierta** eficacia, aunque ese vigor no es plenamente comparable al de una norma constitucional operativa. En concreto, la cláusula programática presenta estas características:

– Es una norma jurídica;
– Actúa como material jurídico inductor del Poder Legislativo, desde el momento que lo insta a elaborar ciertos preceptos infraconstitucionales, o a evitarlos;

– Impide que un acto normativo u otro tipo de hecho frustre el mensaje programático (el legislador común, v.gr., no puede válidamente sancionar una ley contraria a la cláusula programática).

Esta tesis es compartida por Juan P. Casiello, quien refiriéndose a ciertas cláusulas sociales programáticas, escribió que ellas tenían **algo más** que un mero alcance indicativo para el Congreso. En realidad, dijo, regulaban el comportamiento del legislador y resultaban "condicionadoras de la validez de la legislación vigente, ya que, en definitiva, todo el orden jurídico creado o por crearse sólo podría tener vigencia entre nosotros, en función de su ajuste a los principios orientadores de esta declaración constitucional"⁽¹⁵⁾.

Asimismo, la cláusula programática sirve como pauta interpretativa de la Constitución (dado el carácter "orgánico" o "sistemático" del código constitucional); y también, naturalmente, de la normatividad infraconstitucional.

IV. PREVISIONES CONSTITUCIONALES ANTE LA OMISION LEGISLATIVA.

Es evidente que la tendencia imperante es la de acentuar la influencia de las cláusulas constitucionales programáticas. En ciertos casos, ha sido el propio constituyente quien ha previsto la mora legislativa y ha intentado enfrentarla. Así, la Constitución yugoslava de 1974 dispuso:

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

(12) Dana Montañó, Salvador. "Clasificación de las normas constitucionales. Las cláusulas programáticas", comunicación presentada al Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional (Bs. As. 1972), Universidad de Belgrano, pp. 1 y 2.

(13) "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", t. 239, p. 273 y sgtes.

(14) Pina, Rolando E. "Cláusulas constitucionales programáticas"

(Bs. As. 1973), ed. Astrea, p. 24 y sgtes.

(15) Cfr. Russemans, Rosah. "Clasificação das normas constitucionales", Comunicación presentada al Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional (Bs. As. 1972), Universidad de Belgrano, p. 8 y sgtes.; v. También Quiroga Ladé, Humberto. Ob. cit. p. 142 y sgtes.; Casiello, Juan P. "Derecho Constitucional Argentino" (Bs. As. 1954), ed. Perrot, p. 115.

Con mayor nitidez, y con una norma que Mariano Davanas califica de "única en el derecho comparado", la Constitución de Portugal de 1976 estableció lo siguiente⁽¹⁶⁾:

"De la inconstitucionalidad por omisión: Artículo 279º.- 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."

La reciente reforma constitucional modificó así el texto:

"De la inconstitucionalidad por omisión: Artículo 283º.- 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."

La Constitución portuguesa posibilitó una suerte de llamado de atención al órgano legislferante renuente, para que cumpla con sus obligaciones constitucionales, aunque no implementó satisfacciones concretas para el perjudicado por tal mora.

V. REMEDIO JUDICIAL.

Precisamente, para resolver jurídicamente esto último, desde diversos frentes se postula un **control judicial de inconstitucionalidad por omisión**, traducido, al fin de cuentas, en una sentencia que cubra la norma faltante.

Reseñemos algunas de esas proposiciones. Germán J. Bidart Campos escribe que si el Congreso se abstiene de pronunciar la norma reglamentaria de la cláusula constitucional programática, su abstención implica una actitud inconstitucional. Y si ese silencio se prolonga durante cierto lapso considerable, cabe reconocer al Poder Judicial la facultad de librar un **mandato de ejecución** al Parlamento, para que en cierto término cubra su inacción. Y si esa intimación no surte efecto, el Tribunal del caso estaría autorizado "a integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo", por vía de la **autointegración** (recurriendo a la analogía, a los principios generales de ese ordenamiento normativo), o por la ruta de la **heterointegración** (saltando a las fuentes materiales del derecho constitucional; v.gr., al valor justicia)⁽¹⁷⁾.

En la misma tónica, Rolando E. Pina asevera que si dentro del término fijado por la Constitución (o si no hay plazo, después de un período razonable) el Poder Legislativo no dicta la norma regulatoria, "su mora implica violación al mandato constitucional", y al Poder Judicial le toca "ajustar la solución del caso al precepto constitucional no aplicado por el legislador", sin perjuicio del derecho de éste a ejercer sus atribuciones constitucionales de regulación, en el futuro⁽¹⁸⁾.

Recientemente, Alberto A. Spota ha reafirmado las ideas de Bidart Campos, subrayando que **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, sostiene, el principio de supremacía constitucional. La tesis contraria, francamente inconstitucional, asegura "que los humores políticos de los poderes constituídos tienen prevalencia jurídica y práctica frente y ante los dictados programáticos del Poder constituyente y reformador". En definitiva, 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⁽¹⁹⁾.

Proposiciones de ese tipo, compartidas en el derecho comparado por Bosch, Gutachen, Dürig, Puss, Sciwarth (con distintos matices, claro está), cobraron auge a raíz del fallo dictado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, el 29 de

(16) Davanas Peláez, Mariano, "Las constituciones europeas" (Madrid, 1979), editora Nacional, t. II p. 1634.

(17) Cfr. Bidart Campos, Germán J. "La justicia constitucionalista y la inconstitucionalidad por omisión", en "El Derecho", t. 78 p. 785.

(18) Pina, Rolando E. Ob. cit., pp. 109 y 110.

(19) V. Spota, Alberto Antonio. "Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires". Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas (La Plata, 1985), p. 179.

Enero de 1969. En esa sentencia se discutió la efectivización del artículo 6º inciso 5) de la Ley Fundamental de Bonn, que dice así: "Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos".

El Tribunal Constitucional entendió que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto si promulga leyes que no estén de acuerdo con la Constitución, como "si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente". La Corte pensó que veinte años constituían un plazo que no podría atrasarse más para el cumplimiento de la cláusula constitucional, porque ésta significaba "un mandato al legislador", vale decir, un **encargo constitucional** "cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no".

Configurada una situación de tal clase, el Tribunal Constitucional aseveró que se hacía necesaria por parte de la judicatura la realización de la voluntad constitucional "en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador", y siempre que la norma constitucional "involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad legal"⁽²⁰⁾.

VI. EVALUACION. NORMAS CONSTITUCIONALES PROGRAMATICAS DISCRECIONALES E IMPERATIVAS.

Por nuestra parte, entendemos que pueden darse respecto a la eficacia de las normas constitucionales programáticas dos situaciones disímiles.

a. Normas constitucionales programáticas de cumplimiento discrecional: Una forma de cláusula constitucional programática se presenta cuando el constituyente se limita a enunciar una meta o postulado, cuya ejecución deja en forma totalmente discrecional al arbitrio del legislador ordinario. En tal supuesto, la propia Constitución deposita en manos de ese legislador común la opción de cumplimentar o no a la norma constitucional programática (doctrina de la "invitación"), y la renuencia legislativa a no actuar no importa transgresión de la Constitución, ni "inconstitucionalidad por omisión"⁽²¹⁾.

Si se quiere un ejemplo de ese tipo de norma, puede mencionarse al artículo 21º, párrafo quinto, de la actual Constitución italiana: "La ley podrá disponer, por preceptos de carácter general, que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica". Otra norma parecida aparece en el artículo 43º de la misma Constitución: "La ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización, al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general."

b. Normas constitucionales programáticas de cumplimiento obligatorio: Distinto es el caso en que el constituyente no da al legislador ordinario la opción de efectivizar o no a la cláusula programática, sino que explícitamente le asigna una tarea legislativa concreta (aunque al cumplimentar esa obligación constitucional, el legislador ordinario pueda arbitrar distintas alternativas específicas de ejecución, con mayor o menor libertad de acción jurídica, según los casos).

Dos normas constitucionales pueden ejemplificar lo dicho.

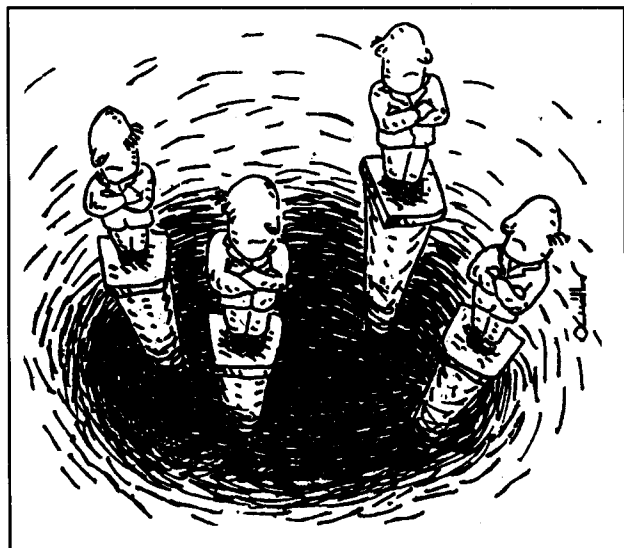
El artículo 4º de la Constitución de la República Arabe Unida de 1964, dispuso que "la nacionalidad de la RAU está determinada por la ley". El artículo 67º inciso 11) de la Constitución argentina, por su parte, dice que corresponde al Congreso dictar la ley sobre naturalización y ciudadanía, "con sujeción al principio de la ciudadanía natural". En ambos casos, la Constitución encomienda imperativamente al legislador común elaborar la ley sobre ciudadanía. En uno, sin pautas al respecto; en el otro, con un criterio constitucional definido (el principio de la "ciudadanía natural", o del **jus soli**).

En conclusión, si la Constitución hace cargar obligatoriamente en los hombros del Parlamento el dictado de una norma para efectivizar cierto enunciado programático constitucional, y el Poder Legislativo no cumple tal misión, aparece sin dudas la inconstitucionalidad por omisión. Esto importa un agravio constitucional al perjudicado por la inacción legislativa, que exige algún tipo de remedio jurídico, ya que tal daño exige su reparación⁽²²⁾.

(20) Cfr. Pina, Rolando E. Ob. cit., pp. 72 a 108.

(21) Sobre esta clase de normas programáticas, se ha dicho que en ellas "nos encontramos ante una delegación expresa y una condición suspensiva del derecho fundamental, condición que se levantaría solamente cuando el legislador lo estimase conveniente": Borea Odría, Al-

berto "El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy" (Lima, 1985), Biblioteca peruana de Derecho Constitucional, pp. 187 y 188. El autor propuso la siguiente norma en el anteproyecto de ley de habeas corpus y amparo: "Artículo 26º.- No dan lugar a la acción de garantía la violación de derechos en los que la oportunidad de la reglamentación legal se deja al libre arbitrio del legislador".



VII. PLANOS DEL PROBLEMA EN LAS NORMAS PROGRAMATICAS IMPERATIVAS.

La solución del caso depende, en buena medida, de la índole del derecho lesionado por la mora legisferante, y de la forma para asegurarlo.

a. En ciertos casos, el constituyente enuncia una cláusula programática imperativa indicando que para efectivizarla es necesario el dictado de una ley regulatoria; pero por la naturaleza de la regla en cuestión, la garantía constitucional puede cumplirse de manera relativamente sencilla, aun sin dicha ley.

Por ejemplo, el artículo 14^º "nuevo" de la Constitución argentina puntualiza que las leyes protegerán al trabajo, y asegurarán —entre otras cosas— **condiciones dignas y equitativas de labor**, así como **jornada limitada**. En temas como esos es relativamente sencillo "saltar" por encima de la ley reglamentaria, y cumplimentar la directriz constitucional incluso sin la ley regulatoria. De no existir ésta, el juez laboral podría señalar, en un caso concreto, cuándo hay o no condiciones dignas y equitativas de labor, como también podría fijar un tope a la jornada laboral. En tales hipótesis, el magistrado judicial apuraría la transformación de la norma consti-

tucional **programática en operativa**, a fin de cumplir el mensaje del constituyente⁽²³⁾.

b. El problema es más complejo cuando la instrumentación de la cláusula constitucional programática demanda la implementación de estructuras, reparticiones, funcionarios, trámites, locales, etc. Así, el ya citado artículo 14^º "nuevo" de la Constitución argentina afirma que la ley establecerá el seguro social obligatorio, "*que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del estado, sin que pueda existir superposición de aportes*".

En verdad, resulta difícil —si no imposible— pensar que aquí un magistrado judicial pueda reparar la omisión legislativa diseñando por sí mismo los organismos aludidos, su composición, atribuciones, situación institucional, etc. Esto parece escapar al sentido común y aproximarse, además, a lo irrealizable o al absurdo.

Desde luego, nada impediría que el juez intimase primero al Parlamento renuente a cumplir con su deber. ¿Y si subsiste la inacción legisferante?, ¿Habría que resignarse, y confiar sólo en responsabilidades políticas de los legisladores, esperando la renovación comicial de las cámaras, para que nuevos congresistas dicten la norma faltante?⁽²⁴⁾ Tal proposición no es plenamente aceptable, ya que si la Constitución decide algo, ese "*algo*" debe cumplirse, aunque el Parlamento (y hasta el electorado) piensen lo contrario: la Constitución está por encima del cuerpo comicial y de sus representantes. Solamente así se entiende el valor del principio "*supremacía constitucional*"; y es precisamente a la judicatura a quien le toca tutelar esa supremacía, ante las infracciones (por acción u omisión) de los operadores de la Constitución.

La cuestión es especialmente grave cuando, aparte de las complicaciones **técnicas** indicadas, se suman otras, como por ejemplo la imprecisión de la cláusula programática (en el caso dado, ¿cuál sería la medida del "*seguro social obligatorio*"?, ¿qué infortunios debería atender?, ¿qué acreencias tendría que generar?, ¿qué aportes deberían realizar los interesados?) y cierta creencia comunitaria, bastante arraigada, que a la postre termina por convencerse que las cláusulas constitucionales programáticas son una

(22) Esto es, que como toda violación a la Constitución, debe mediar en el caso un remedio provisto por el propio sistema jurídico: Borea Odría, Alberto. Ob. cit., p. 189.

(23) Un caso evidente fue en Argentina el de la acción de habeas corpus, prevista implícitamente en la Constitución, al indicar ella que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de

autoridad competente (artículo 18^º). Sin necesidad de norma procesal alguna, el habeas corpus fue admitido por los tribunales, que hicieron así aplicación efectiva del principio constitucional.

(24) Sobre la diferenciación entre responsabilidades "*políticas*" y "*jurídicas*" ante la omisión legisferante, v. Pizzorusso Alessandro. Ob. cit., p. 255.

suerte de adornos florales que acompañan el tan nutrido follaje constitucional de muchas normas supremas.

A nuestro entender, la cuestión requiere en primer término un cambio de mentalidad en nuestros constituyentes. El cambio consiste en sepultar la noción de Constitución-promesa, por ser intrínsecamente nociva, al encubrir a menudo un fraude a la sociedad, y reemplazarla por la de Constitución-contrato, vale decir, por la de una Constitución cumplible. El constituyente que sanciona una Constitución-promesa no hace nada bien; por el contrario, actúa mal. Si promete lo irrealizable, es el primer embaucador de sus comitentes, vale decir, de su pueblo.

Pero en segundo lugar, y si la Constitución-promesa sigue en vigor, una fórmula para reparar el silencio del Parlamento es, en primer grado, acelerar la conversión de las cláusulas programáticas en cláusulas constitucionales operativas, por vía judicial, y siempre (como lo indica el Tribunal Constitucional Federal alemán) que hubiese un mensaje definido y concreto del constituyente.

En tercer orden, si esa conversión no fuese posible por las dificultades comentadas anteriormente, cabe pensar en habilitar judicialmente al afectado una vía indemnizatoria, por daños y perjuicios, contra el Estado renuente a cumplir la norma programática. Es cierto que si el derecho no es de tipo patrimonial, la reparación pecuniaria será siempre relativa: pero de todos modos, importará un modo de subsanar daños. En este caso, la no sanción de la norma infraconstitucional reglamentaria ha privado al titular de un derecho constitucional su legítimo ejercicio. Al afectado le toca alegrarlo y probarlo. A la judicatura, regularlo prudencialmente.

Precisamente y como resultado de estas preocupaciones, la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina) del año 1988, introdujo en su artículo 207^º inciso d) una audaz innovación. Esa norma dio competencia al Superior Tribunal de Justicia de tal Provincia (que opera como Corte Suprema de Justicia local). "*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 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*".

VIII. OMISIONES INCONSTITUCIONALES DEL PODER EJECUTIVO.

En el párrafo I se anticipó que las omisiones inconstitucionales del Poder Ejecutivo, generalmente, se dan por la falta de emisión de actos de contenido individual; y que tales omisiones dan lugar, como remedio judicial específico, a la acción de amparo (por mora u omisión).

Por lo demás, no es frecuente que la Constitución encomiende al Poder Ejecutivo la concreción de cláusulas programáticas. De ahí que rara vez le será imputable una inconstitucionalidad por omisión de esta índole.

Pero sí ocurre que el Poder Ejecutivo, debido a distintas razones, deje de reglamentar una ley dictada por el Parlamento. Y si a él compete dictar el decreto reglamentario respectivo, emerge entonces una inconstitucionalidad omisiva que ha preocupado a la doctrina constitucionalista. Pablo Biscaretti, por ejemplo, alerta que "*cuando el reglamento de ejecución se hace esperar parece exacto estimar que la ley, si existe la posibilidad concreta y falta la prohibición correspondiente en el mismo texto legislativo, debe aplicarse igualmente*"⁽²⁵⁾.

Una situación similar se produce ante la falta de dictado por parte del Poder Ejecutivo de los **reglamentos delegados**, o decretos que debe pronunciar sobre materia legislativa, por delegación del Congreso (cuando tal delegación es constitucionalmente válida).

En estos temas la jurisprudencia argentina ha tenido posturas contradictorias. En el caso "*Morano Adolfo J. c/ Nación Argentina*", la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió viable un amparo interpuesto contra la conducta omisiva del Poder Ejecutivo, al no actualizar los índices remuneratorios del "*Estatuto del Docente*". La misma Cámara, en los autos "*Ibáñez Gómez s. Jubilación*", y "*Pinto Luis*" entendió que si una Constitución cualquiera se define 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 le 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 quisieron entretanto hacer valer derechos reconocidos en las normas programáticas, tropezarán con el resultado que la norma programática no funcionaría. Por lo tanto, si de la omisión del Poder administrativo resulta lesiva a su derecho, el Poder

(25) Biscaretti di Ruffia, Paolo. "*Derecho Constitucional*", trad. por Pablo Lucas Verdú (Madrid, 1965), ed. Tecnos, p. 484, nota 92.

Judicial debe resolver la cuestión integrando al orden normativo.⁽²⁶⁾

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la citada causa "Morano", dijo que "no es admisible tampoco una sentencia que ordene al Poder Ejecutivo disponga lo conducente para la fijación y actualización de los índices remunerativos de los docentes y dicte las medidas necesarias para que las retribuciones pertinentes se hagan efectivas a sus beneficiarios"⁽²⁷⁾.

IX. CONCLUSIONES.

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.

Cabe comenzar alertando que no siempre es fácil distinguir una norma programática de "cumplimiento discrecional" o de "cumplimiento obligatorio" para el Poder Legislativo. Para ello, habrá que atender al texto de la cláusula en cuestión (texto que por el énfasis de la redacción o lo, algunas veces, inequívoco de su mensaje, puede resolver el problema), pero también a sus antecedentes, a fin de detectar la verdadera voluntad del constituyente.

También corresponde anticipar que la diferencia entre una cláusula programática directamente motorizable por la judicatura (v. supra, párrafo VII, a) y otra que únicamente da lugar a daños y perjuicios ante la omisión legislativa (idem, b), tampoco es siempre nítida ni incuestionable. Desde luego, el deslinde de uno u otro tipo de normas dependerá del contenido de ellas, y de su prudente interpretación por la magistratura constitucional.

El conflicto jurídico-político más temido en la materia, sin embargo, es que el dictado de las sentencias llamadas "aditivas" (o constructoras de las normas reglamentarias faltantes para la eficacia de la cláusula programática constitucional) provoque el peligro, bien subrayado por Alessandro Pizzorusso, del desborde y correlativa invasión judicial de competencias propias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. El tema ha preocupado especialmente en Perú: la Comisión especial redactora del anteproyecto de Hábeas Corpus y Amparo, por ejemplo, previó por mayoría un artículo (el nú-

mero 26 del anteproyecto), con este contenido: "No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado". Al decir de los autores de la propuesta, se siguió en la especie un "criterio realista", pues de lo contrario, se tendría que obligar a los jueces a que en sus resoluciones emitan órdenes que por sus alcances no serían actos jurisdiccionales, sino legislativos"⁽²⁸⁾.

Sin embargo, el mismo Pizzorusso estima que los riesgos apuntados más arriba no son automáticos ni fatales. Hay, explica, "frenos" que moderan los peligros de una colisión institucional. Por ejemplo, la autoliquidación (**self-restraint**) de la misma judicatura, cuyo desenvolvimiento operacional ha sido tradicionalmente prudente. En segundo lugar, porque el remedio judicial a la mora legislativa, de ser incorrecto o inoportuno, puede subsanarse con la inmediata intervención del órgano legisferante, quien está siempre habilitado para dictar la norma ausente y efectivizar así, él mismo, la cláusula programática de la Constitución. Por último, alude a la posibilidad de "llegar a acuerdos informales entre el Tribunal (**constitucional**) y los demás órganos constitucionales con vista, al menos, a la aceleración o atemperamiento en el ritmo de determinados procesos"⁽²⁹⁾.

Paralelamente, es de recordar que la expedición de normas individuales o generales, creadoras de derecho, por parte de la jurisprudencia, no constituye un fenómeno anómalo en el mundo jurídico. En los pleitos comunes, como es sabido, el juez debe fallar aunque encuentre insuficiencia u obscuridad en la ley, o ésta sea ambigua; emitirá, pues, una "norma individual" (la sentencia) que muchas veces cubrirá vacíos normativos. A su turno, en países donde se han implementado Cortes constitucionales al estilo austríaco (con facultad de abrogar a la ley inconstitucional), nadie puede ignorar, como claramente lo enseñaba Hans Kelsen, que en ellos el Tribunal Constitucional así estructurado cumple roles legislativos, y que en tales naciones incluso cabe ver una "repartición del Poder Legislativo entre dos órganos", vale decir, entre el Parlamento y la Corte Constitucional⁽³⁰⁾.

Una dificultad suplementaria en cuanto las sentencias "aditivas" es la desigualdad de trato que podrían tener los litigantes, según los distintos modos en que diversos tribunales pueden resolver para tomar operativa a una cláusula programática (este problema ocurre, principalmente, en los estados con

(26) V. El Derecho (Buenos Aires) tomo 103 p. 297; Sagüés Néstor, Pedro. "Acción de amparo..." ob. cit., p. 74 y sgtes.

(27) "Acción de amparo..." ob. y p. cit.

(28) Pizzorusso, Alessandro. Ob. cit., p. 342; Borea Odría, Alberto.

Ob. cit., pp. 334 y 349.

(29) Pizzorusso, Alessandro. Ob. y p. cit., en nota 28.

(30) Kelsen, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. por Rolando Tamayo y Salmorán (México), "Anuario Jurídico", 1974-I, p. 490 y sgtes.

control difuso, y no concentrado, de constitucionalidad; el modelo estadounidense, v.gr.) Esta realidad, no soslayable, puede algunas veces atemperarse en virtud de mecanismos unificatorios de la jurisprudencia (fallos plenarios, v.gr.). Pero aunque eso no se lograra, resulta preferible aceptar tipos múltiples de efectivización de la cláusula programática constitucional, antes que su no vigencia por la omisión legislativa.

En conclusión, 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 parlamentos 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 incomprendible– que exime al Estado de toda responsabilidad por el incumplimiento de sus ofertas constitucionales programáticas, y que convalida esta inadmisibles declaración: *"Yo te aseguro tal cosa; pero si no la hago, jaguántate!"*.

Hoy, ante las puertas del siglo XXI, un slogan así es francamente insostenible.

X. VIAS PROCESALES.

Hasta ahora se ha visualizado el tema de la factibilidad del control judicial del ocio legislativo (o ejecutivo) en la sanción de normas generales. Un problema distinto es el del medio procesal para obtener la reparación pertinente.

Al respecto, habrá que estar a los trámites previstos en la legislación adjetiva, aunque 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. Ver artículos 1º y 2º de la Ley N° 16986).

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. ■