

La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina)

Néstor Pedro Sagüés

Profesor en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Rosario. Miembro del Comité Consultivo Internacional de *Ius et Veritas*.

1. INTRODUCCIÓN. LA NORMA CONSTITUCIONAL.

La constitución actual de la provincia de Río Negro (Argentina), sancionada el 3 de Junio de 1988, contempla una particular acción de inconstitucionalidad por omisión, por cierto de avanzada con relación a las otras pocas similares vigentes en el derecho comparado.

La norma en cuestión determina entre las competencias del Superior Tribunal de Justicia (que equivale a una Corte Suprema de Justicia) provincial, lo siguiente, en el artículo 207 inciso 2,d: «El Superior Tribunal 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».

El origen de esta regla fue el siguiente: a raíz de una serie de disertaciones programadas con motivo de la reforma constitucional realizada en el citado año 1988, y entre las que participó el suscrito, fue debatido el entonces muy novedoso tema de la inconstitucionalidad por omisión, en particular para el supuesto de mora legislativa. A la postre, la convencional Campano, entre otros, planteó en el seno de la convención constituyente la necesidad de incluir un precepto, iniciativa que finalmente fue aprobada por el seno de tal asamblea, interviniendo también en su redacción el autor de esta nota.

La convención fue consciente del original y osado del precepto, que importaba, e importa todavía, un remedio por cierto contundente para reparar el ocio legisferante en instrumentar las cláusulas programáticas de la constitución. No faltaron sanos escrúpulos, en orden a meditar si a través de este proceso constitucional el Poder Judicial no estaría invadiendo poderes propios del Legislativo, o si la dura sanción patrimonial que prevé la norma, ante supuestos de contumacia en la mora, no produciría a su vez serios compromisos económicos para el tesoro

provincial.

Sin embargo, predominó la idea de realizar, por medio de la constitución, una verdadera lección de Estado de Derecho. Si las autoridades locales con facultades legislativas no cumplían con su cometido, la judicatura, a través de su máxima autoridad, debía subsanar ese déficit normativo y asegurar al afectado una tutela procesal constitucional específica. Ello implicaba abandonar la tesis de la mora legislativa, como cuestión política no justiciable, o reservada (precisamente) al autor de la mora. De todos modos, la fórmula utilizada, no obstante el coraje jurídico que evidencia, lo hace en términos de cautela y de respeto al principio de división de los poderes, aunque dando predominio, en definitiva, al principio de supremacía constitucional.

La reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, (20/11/96) en "Gómez Daniel A.", es una excelente oportunidad para reexaminar los objetivos y la naturaleza de la acción que comentamos. En anteriores momentos (casos "Robles de Giovannini", "Partido Justicialista de la provincia de Río Negro", "Pichetto"), el Superior Tribunal había rechazado varias de esas acciones de inconstitucionalidad. En éste, en cambio, la admitió, con un desarrollo jurídico de sumo interés. Digamos también que sobre el tema se han vertido aportes doctrinarios dignos de tenerse en cuenta, como v.gr. los de Germán J. Bidart Campos, Ezequiel Lozada, Martín Lozada y Víctor Bazán, todo lo cual evidencia lo atractivo de la cuestión⁽¹⁾.

2. ÓRGANO COMPETENTE.

En primer lugar, el artículo 207 inciso 2,d) de la constitución local otorga competencia en este proceso constitucional al Superior Tribunal de Justicia. El propósito de la cláusula fue, primero, confiar la decisión de un asunto tan delicado y de trascendencia jurídico-político como es atacar un caso de inconstitucionalidad por omisión, a la cúpula del Poder

Judicial, lo que se supone sería un resguardo de calidad y madurez en el pronunciamiento del caso.

Simultáneamente, la instauración de un supuesto de control concentrado (no difuso) de constitucionalidad en el Tribunal Local Supremo, tendía a evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios a nivel de primera o segunda instancia, que de quedar firmes, podían importar soluciones judiciales distintas sobre un mismo supuesto de inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales.

3. ACTO LESIVO.

Esta acción de inconstitucionalidad enfrenta no cualquier supuesto de inconstitucionalidad por omisión, sino el derivado de la falta de sanción de normas cuyo dictado exige la constitución.

Con esto quiere significarse que la inconstitucionalidad por omisión en la adopción o ejecución de otros actos de tipo individual (v.gr., demora en el otorgamiento de un permiso municipal, de aprobación de un contrato público, etc.), puede encontrar reparación por medio de la acción de amparo, de hábeas corpus o del mandamiento de ejecución contemplados por los artículos 43 y 44 de la constitución rionegrina⁽²⁾.

Al mismo tiempo, la mora que se ataca debe derivar del incumplimiento en el dictado de una norma cuya constitución impone un "deber concreto" al Estado Provincial o a los municipios. En esto cabe tener presente, en efecto, que las reglas constitucionales programáticas pueden establecer cargas legisferantes de reglamentación a las legislaturas o municipios, de cumplimiento discrecional o de cumplimiento imperativo. En el primer caso, la cláusula constitucional habilita al Congreso, por ejemplo, a dictar una norma, con lo que, si lo hace, no se podría discutir la competencia constitucional para sancionarla. A su vez, si no la dicta, tampoco estaría incumpliendo con la

(1) Cfr. sobre el tema BIDART CAMPOS, Germán J. *Las omisiones inconstitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro*. En: *El Derecho*, 129-949; LOZADA, Ezequiel y LOZADA, Martín. *El Derecho Público de Río Negro*. Viedma: Ed. Francisco Héctor Estrada, 1994. p. 335; BAZÁN, Víctor, *Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva*. En: BAZÁN, Víctor (coordinador). *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. pp.187 y ss., de quien tomamos los antecedentes jurisprudenciales mencionados en el texto.

(2) Cabe preguntarse si casos de inconstitucionalidad por incumplimiento previstos por el artículo 207 inciso 2.d) de la constitución rionegrina podrían articularse por medio del amparo del artículo 43 en el supuesto de resultar aquella acción no idónea para atender, v.gr., situaciones sumamente urgentes que entonces tendrían que viabilizarse por medio del amparo. Teóricamente la respuesta sería afirmativa, aunque en la práctica la acción por incumplimiento del artículo 207 puede diligenciarse de modo tan breve, o más que el amparo, razón que tornaría abstracta la discusión que presentamos.

constitución, desde el momento que es libre de emitirla o de no hacerlo. Así, ocurre, v.gr., cuando el artículo 3 de la constitución de Holanda puntualiza que “la ley podrá unir provincias y municipios, así como dividirlos y crear otros nuevos”.

Por el contrario, el artículo 207 inciso 2.d) de la Constitución de Río Negro, contempla hipótesis de normas constitucionales programáticas, de tipo de ejecución obligatoria, para quien ejerza roles legislativos. Por ejemplo, el artículo 209 de la constitución indica que “la ley determina la organización y competencia de las cámaras, tribunales y juzgados, dividiendo la provincia en circunscripciones judiciales”. La obligatoriedad del precepto constitucional programático deriva generalmente del modo verbal (en presente) de la tarea que se encomienda al legislador, o del contexto imperativo de la frase, cuando ese trabajo legisferante se anuncia en futuro, o también del énfasis puesto por el constituyente al enunciar un derecho o encomendar una tarea a dicho legislador.

4. TIEMPO DE LA MORA.

Un supuesto de procedencia de esta acción, de tipo básico, es que haya “incumplimiento” por parte del órgano que debió dictar la norma, lo que supone plazos vencidos para hacerlo.

En algunos supuestos, la constitución rionegrina ha establecido términos específicos para tal tarea. Así, el artículo 22 de las normas complementarias regula plazos de sesenta días, seis meses, un año, dos años, tres años, cinco años y el correspondiente al periodo legislativo de 1988, para que la legislatura adopte ciertas normas. Todos ellos ya se han operado.

En “Gonzales Daniel A.”, se trata de la reglamentación del derecho de revocatoria popular de leyes, reconocido por la constitución provincial en sus artículos 2 y 149. El último, concretamente, puntualiza que “todo habitante de la provincia puede peticionar la revocatoria de una ley a partir de su promulgación. La ley determina el funcionamiento del registro de adhesiones, los plazos y el referéndum obligatorio”.

Tal norma es por cierto audaz al implementar así aquel mecanismo de democracia semidirecta (un antecedente próximo es el de la Constitución de Uruguay). Con referencia a si el plazo para sancionar la ley reglamentaria estaba o no vencida, la Procuración General de la Provincia entendió que en principio no había mora, ya que el referido artículo 22 de las disposiciones complementarias, no trató el dictado de la ley de revocatoria popular, pero añadió, con tino, que en aras del Estado de Derecho, y en particular de un régimen republicano, los valores de éste exigían que se cumplimentasen con el mandato constitucional.

**Esta acción de
inconstitucionalidad enfrenta no
cualquier supuesto de
inconstitucionalidad por omisión,
sino el derivado de la falta de
sanción de normas cuyo dictado
exige la Constitución**

El Superior Tribunal compartió esa argumentación y, aceptando la distinción que hemos hecho entre “constitución-promesa” y “constitución-contrato”⁽³⁾, prefirió la última alternativa: la constitución no debe convertirse en una mera declaración, sino en un instrumento operativo. Estimó que la legislatura estaba efectivamente obligada a dictar la ley citada, conforme al artículo 149 (por lo que mediaba una regla programática de cumplimiento obligatorio), y concluyó que desde el dictado de la constitución (1988), hasta la fecha de la sentencia (1996), había vencido el plazo razonable para sancionarla. Existía, entonces, mora.

Por supuesto, adherimos a tal conclusión. Del hecho que el artículo 22 de la constitución rionegrina omite, entre los plazos que fija allí para que la legislatura dicte algunas leyes, la mención de ciertas normas, no quiere significar que respecto a éstas el cuerpo legislativo tenga plazos indefinidos para efectivizar las cláusulas

(3) Sobre la distinción entre “constitución-promesa” y “constitución-contrato” nos remitimos a nuestro estudio *Las cláusulas programáticas sociales de la constitución nacional y su eficacia jurídica*. En: *El Derecho*. pp.108-950. Por lo demás, conviene recordar que en la Convención Constituyente rionegrina fueron tenidos en cuenta de modo especial algunos trabajos entonces ya publicados sobre el tema, como por ejemplo BIDART CAMPOS, Germán J. *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*. En: *El Derecho* 78-785; SAGÜES, Néstor Pedro. *Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial*. En: *El Derecho*. pp. 124-950; y SPOTA, Alberto A. *Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas*. En: *Aportes para la reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1984. Tomo I. pp.137 y ss.

programáticas de cumplimiento obligatorio. El uso del argumento *a contrario sensu* es por cierto peligroso⁽⁴⁾, y en la especie podría llevar al congelamiento de una serie de derechos constitucionales, so pretexto de que las leyes del caso no están mencionadas en el aludido artículo 22 de las normas complementarias. Éste, absurdamente, se convertiría en el “super artículo” en materia de vigencia de tales derechos.

Simultáneamente, cabe alertar que el artículo 207 inciso 2.d de la constitución rionegrina es bastante severo en cuanto a la lentitud legisferante, ya que programa la acción que tratamos ante el “incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios”. Vale decir, que ante el dato objetivo del incumplimiento, cabría sin esperar más la posibilidad de plantear esta acción. Desde este punto de vista, en rigor de verdad, la legislatura estaba en mora prácticamente con el dictado mismo de la constitución, si no sancionaba de inmediato las leyes reglamentarias de las cláusulas constitucionales programáticas de cumplimiento obligatorio, salvo que tuviese plazos para hacerlo, como los consignados en el citado artículo 22 de las normas complementarias.

Sin embargo, inmerso como está el artículo 207 inciso 2.d dentro de la doctrina general de la inconstitucionalidad por omisión, cabe entender que la legislatura tiene dos tipos de plazos para sancionar las normas reglamentarias a) los **explícitos y fijos** del referido artículo 22, para los casos allí contemplados, b) los **razonables (no fijos)**, para las demás situaciones.

El concepto de “plazo razonable” involucra cuestiones objetivas y particularidades locales, posibilidades y necesidades colectivas y subjetivas, creencias sociales para consensuar las normas del caso, etc. Pueden existir, alertamos, incluso insalvables condicionamientos fácticos que condicionen la implementación de aquello que sagazmente Bidart Campos llama derechos imposibles (justamente, en su comentario a la inconstitucionalidad por omisión en la constitución rionegrina), o sea, derechos reconocidos utópica o irreflexiblemente por el constituyente, al resultar en los hechos de irrealizable ejecución al carecer absolutamente el Estado de

medios para cumplirlos.

El primer juez en toda esta tarea, es el propio órgano que debe emitir la norma; y el segundo, definitivo, el Superior Tribunal de Justicia, al decidir una acción por incumplimiento. Sin embargo, después de prácticamente nueve años de promulgada la constitución, cabe pensar que ya han vencido -como regla- los plazos razonables para dictar las normas regulatorias (los “fijos” ya terminaron). Sólo de modo excepcional podría entenderse que en algunos supuestos hay todavía “plazos razonables” justificadamente no vencidos. Y la prueba de ello, claro está, corre a cargo de quien alegue eso, para su prudente evaluación judicial.

5. LEGITIMACIÓN.

La legitimación activa es conferida al “afectado” en su derecho, individual o colectivo. La expresión “afectado” es más amplia que la de “titular” de un derecho, y el abanico de derechos en juego -individuales y colectivos- da entonces pie a admitir una amplia gama de sujetos (con derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples), así como la tutela de intereses difusos⁽⁵⁾.

No obstante, la norma no autoriza el ejercicio, en este caso, de una “acción popular” abierta a cualquiera. Si el promotor no acredita algún tipo de perjuicio que le ocasione el acto lesivo, la acción será a la postre rechazada.

La legitimación pasiva ha sido conferida respecto a casos de normas que debe dictar la Provincia o alguna municipalidad. El precepto es interesante, ya que puede referirse no sólo al poder legislativo, sino también al ejecutivo (de no emitir decretos reglamentarios de leyes, v.gr.), y al judicial (por ejemplo, si no dicta el reglamento interno previsto por el artículo 206 inciso 1 de la constitución), o a cualquier organismo provincial o municipal apto para generar normas y que inculpa al respecto alguna directriz constitucional.

6. PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA.

En vez de adoptar un tipo de procedimiento ya previsto, como por ejemplo el amparo, el artículo 207 inciso 2.d. diseñó un proceso constitucional específico,

(4) Cfr. AFTALION Enrique, GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 5a.ed. Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo, 1956. p.458.

(5) Con relación a la palabra “afectado” y sus posibilidades en materia de legitimación activa, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. 4a.ed. Tomo III. Buenos Aires: Astrea, 1995. pp.357 y ss.

esto es, una “acción por incumplimiento”, aunque solamente contempló algunas reglas mínimas para esta acción indicando que estará eximida de cargas fiscales, y previó dos etapas.

a) La primera concluye, acreditada la mora legisferante, con una intimación para que el órgano renuente dicte la norma faltante. Al respecto fija un plazo determinado para que ello ocurra. Se trata pues de un requerimiento mucho más preciso que el entonces existente en el derecho comparado (casos de Portugal y Yugoslavia, por ejemplo), que culminaban en avisos o recomendaciones para el organismo moroso.

Prudencialmente, la constitución deja en manos del Superior Tribunal de Justicia regular el plazo de referencia, atendiendo a las particularidades del caso bajo examen. Así, en “Gómez Daniel A.”, se fijó el vencimiento del próximo periodo legislativo, para el dictado de una ley reglamentaria del derecho de revocatoria popular.

b) El segundo tramo, de darse el caso de desobediencia a lo requerido, es más complejo y contempla a su vez dos alternativas.

La primera es que el Superior Tribunal integre el orden normativo faltante, con efecto limitado al expediente donde se planteó la acción. La palabra “integra” refiere explícitamente al procedimiento jurídico de **integración**⁽⁶⁾, mediante el cual se elabora la regla jurídica omitida, ante el vacío lagunoso. Los procedimientos de integración recurren, a esos fines, a la analogía, los principios generales del derecho del propio ordenamiento jurídico local (“autointegración”), a los principios jurídicos generales, a los valores jurídicos y también, llegado el caso, al derecho extranjero⁽⁷⁾.

La Constitución rionegrina ha sido aquí leal con la comunidad, al reconocer que el Superior Tribunal cumplirá en tal supuesto papeles en alguna medida legisferante y ejecutivos, en aras de afianzar la supremacía de la constitución. La solución adoptada tiene su costo jurídico-político, pero se ha preferido



asumirlo antes que consentir la violación, por omisión, a la constitución.

La segunda posibilidad es que el Poder Judicial no pueda cubrir ese vacío lagunoso. Supóngase el caso del artículo 195 de la constitución, cuando indica que “la ley establece la organización, competencia y procedimientos de la Fiscalía del Estado, Contaduría General y Comisión de Transacciones Judiciales». De no haber ley reglamentaria, esto obligaría al Poder Judicial a imaginar estructuras, trámites, oficinas, personal y medios para lo cual no está decididamente capacitado. Ante tal imposibilidad, la constitución contempla una reparación patrimonial “conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”. Es tal vez lo más que podría conjeturarse para purgar una inconstitucionalidad por omisión. Algo, además, no pensado por el derecho constitucional de la época⁽⁸⁾.

(6) GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1973. 4a.ed. pp.286 y ss.

(7) Sobre la integración en derecho constitucional nos remitimos a nuestros *Elementos de derecho constitucional*. 2a.ed. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1997. pp.64 y ss.

(8) De hecho, la inconstitucionalidad por omisión de la constitución yugoeslava de 1974 (artículo 377), terminaba con un informe del Tribunal Constitucional a la Asamblea de la República; y en el caso portugués (artículo 283) con una notificación del Tribunal Constitucional al órgano legislativo moroso. Sobre un esquema actualizado del problema, cfr. BAZÁN, Víctor. *Inconstitucionalidad por omisión. La experiencia Brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino*. En: *Entre Abogados*, San Juan, año IV, No.8, 1996. pp.18 y ss.

Resta observar que en el caso rionegrino, para la evaluación del daño indemnizable el artículo constitucional de sugestivos márgenes de apreciación, comprensivos del perjuicio material y moral, bien que cuidadosamente apreciados por el Superior Tribunal de Justicia. El éxito de esta acción bien puede depender de lo sensatos de estos cálculos.

Desde luego, esta acción por incumplimiento es reglamentable procesalmente, según el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Provincial, aunque la eventual falta de la regulación legislativa no obsta a su efectivización⁽⁹⁾. El trámite insuflado al caso “Gómez Daniel A.”, evidencia lo positivamente simple con que puede diligenciarse. Generalmente se discutirán en ella cuestiones de derecho, aunque excepcionalmente no

cabe excluir algunos asuntos de hecho, especialmente para meritar la mora.

La sentencia que se pronuncie, por provenir directamente de la más alta autoridad judicial provincial, parece resultar directamente impugnable por medio del recurso extraordinario federal, al resultar “definitiva” y emanar del Superior Tribunal de la Causa, en los términos del artículo 14 de la ley 48. 𐀀

- (9) Conforme nos informa el secretario del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Dr. Ezequiel Lozada -a quien agradecemos el valioso material remitido- el trámite utilizado corrientemente para diligenciar esta acción es analógicamente el previsto por los artículos 793 a 799 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, que regulan “el juicio de inconstitucionalidad”. La demanda se interpone ante el Superior Tribunal, corriéndose después un traslado por 15 días, en el caso a la Fiscalía de Estado. Vencido el plazo, el presidente del Superior Tribunal ordenará las medidas probatorias que considere convenientes y fijará el término para su producción. Posteriormente se corre vista al Procurador General y acto seguido se dicta la providencia de autos para resolver.