



Víctor Bazán (Argentina)*

Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina

RESUMEN

En esta contribución se analiza si en Argentina existe base constitucional legitimante para el ejercicio por vía jurisdiccional del contralor de constitucionalidad sobre las pretericiones inconstitucionales, y se releva la trayectoria jurisprudencial descrita por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a dicha materia. Así, y utilizando como elementos movilizadores la supremacía y la fuerza normativa de la Ley Fundamental, se procurará perfilar las perspectivas de desarrollo sustentable que en el escenario jurídico federal argentino receptan la inconstitucionalidad por omisión y los remedios procesalconstitucionales para conjurarla.

Palabras clave: control de constitucionalidad, inconstitucionalidad por omisión, proceso constitucional, derechos fundamentales, Constitución política, acciones positivas, jurisprudencia, Argentina

ZUSAMENFASSUNG

Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob es in Argentinien eine verfassungsrechtliche Grundlage gibt, auf die sich die Durchführung eines Normenkontrollverfahrens zum verfassungswidrigen Übergehen von Normen auf dem Rechtsweg stützen könnte, und stellt die Geschichte der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof der Nation zum Thema dar. Ausgehend von der Suprematie und der normativen Kraft des Grundgesetzes als mobilisierende Elemente soll so versucht werden, die Perspektiven einer nachhaltigen Entwicklung, die auf der Ebene der argentinischen Bundesjustiz die Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung begründen könnte, ebenso herauszuarbeiten wie die verfassungsprozessrechtlichen Abhilfen zu ihrer Behebung.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Sede Regional Montevideo). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y director de la Sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Magistrado presidente de la Cámara de Apelaciones de Paz Letrada de San Juan. <vicba2002ar@yahoo.com.ar>

Schlagwörter: Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung, Verfassungsprozess, Grundrechte, Verfassung, positive Klagen, Rechtsprechung, Argentinien.

ABSTRACT

This paper analyses whether Argentina has a constitutional foundation which justifies judicial control of the constitutionality of unconstitutional omissions. It reviews the development of the Supreme Court of Argentina's decisions on the subject. Thus, with a focus on the pre-eminence and normative strength of the Fundamental Law, an effort is made to outline the prospects for the sustainable development of a trend towards acknowledgement of unconstitutionality by omission in the Argentine federal courts and the procedural and constitutional remedies needed to ward it off.

Keywords: constitutionality control, unconstitutionality by omission, constitutional procedure, fundamental rights, political Constitution, positive actions, jurisprudence, Argentina.

1. Breve introducción

El Estado contemporáneo es Estado constitucional, en cuyo contexto la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía idéntica a ella ocupan un sitio central en el sistema jurídico y exudan fuerza normativa, lo que supone la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

La potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales (también respecto de las inconventionales —aunque aquí nos referiremos esencialmente a aquellas—) recibe sustento y legitimación desde que la vigencia sociológica de tal bloque constitucional es presupuesto de intangibilidad de dichos caracteres fundamentales de supremacía y normatividad.

Anunciado someramente el sustrato de la inconstitucionalidad y la inconventionidad por inacción, esta contribución intenta realzar la importancia de dinamizar herramientas jurisdiccionales que, sin menoscabar la autoridad democrática del legislador, preserven la magnitud normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con magnitud equivalente a ella, resguarden su contenido axiológico y garanticen su supremacía.

Impregnado de tales pautas contextuales, en el presente trabajo analizaremos en dos bloques temáticos, respectivamente, la existencia de plataforma constitucional habilitante para ejercer por vía jurisdiccional el control de constitucionalidad sobre las inacciones inconstitucionales y el panorama jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a la materia, colacionando algunos fallos (de distintas épocas y con diversas integraciones del tribunal) en los que, con mayor o menor intensidad, asoma la viabilidad de llevar adelante semejante fiscalización constitucional en torno a las omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

El epílogo vendrá de la mano de unas sucintas valoraciones conclusivas sobre un tema conflictivo y polifacético, que no deja de ofrecer nuevas facetas para la discusión jurídica.

2. Sustento constitucional habilitante del contralor respecto de las pretericiones inconstitucionales en Argentina

Comenzamos apoyándonos argumentalmente en De Otto, quien puntualiza que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificándose que la infracción a lo dispuesto en ella es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.¹ Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema.²

Impregnado de ese espíritu, que enraíza en el Estado constitucional de derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de esta.

Es interesante la visión de Revenga Sánchez, para quien la fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío y la normatividad constitucional.

[...] presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el Derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político— *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*.³

En el escenario jurídico argentino, reacondicionado por medio de la modificación constitucional operada en 1994, existe una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con la CSJN al frente) para combatir fundamentalmente las omisiones legislativas inconstitucionales.

¹ Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5.^a reimpr., Barcelona: Ariel, 1997, pp. 17-18.

² *Ibidem*, p. 18 (énfasis del original).

³ Miguel Revenga Sánchez: *Presupuestos para la enseñanza del derecho constitucional*, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), serie Cuadernos del Rectorado, n.º 22, 2010, p. 40 (énfasis añadido).

Así lo autoriza a predicar la confluencia de una serie de factores, entre los que figuran: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (verbigracia, artículos 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [CN]); la instauración de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data —aunque esta última expresión no figure textualmente— (artículo 43, *ibídem*); la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (artículo 16, *ibídem*) con la *igualdad material o sustancial* (artículos 37 y 75, incisos 2.º, 19 y 23), y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, *ibídem*).

Semejante atribución de cotización constitucional a los instrumentos internacionales sobre el aludido campo temático ha provocado, *inter alia*, la expansión cuantitativa y cualitativa del elenco de derechos implícitos; la consolidación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; el fortalecimiento de la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales, y la inevitable responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento total o parcial de estos.

A ello deben añadirse los siguientes elementos de análisis, por cierto de importancia no desdeñable: el postulado preambular de “afianzar la justicia”, que ostenta naturaleza operativa, no solo tiene valor de guía interpretativa; el establecimiento de una premisa de reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución (artículo 36); la adjudicación de alcurnia constitucional *ex post* por el Congreso Nacional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad,⁴ y la tendencia que, no exenta de vaivenes, exhibe la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de tomar en cuenta los estándares hermenéuticos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va forjando en sus sentencias y opiniones consultivas como intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Uniendo tales eslabones, poco sitio queda para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución originadas en *inacciones u omisiones legislativas*.

Tal paisaje constitucional, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, transmite una clara señal a los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por la fuerza normativa de la Ley Fundamental, su supremacía y la de los instrumentos internacionales con valencia homóloga a aquella.

⁴ A la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se le ha otorgado jerarquía constitucional mediante la ley 24.820 (*Boletín Oficial [BO]* del 29 de mayo de 1997) y respecto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se ha hecho lo propio por medio de la ley 25.778 (*BO* del 3 de setiembre de 2003).

3. Recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1. Preliminar

Transitando la doctrina judicial de la CSJN, puede verificarse —con mayor o menor contundencia o nivel de verbalización— la presencia de diversos antecedentes en materia de control sobre las omisiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron pronunciados incluso antes de la reforma de 1994.

Así es posible contabilizar, enunciativamente, las siguientes resoluciones (que serán examinadas sumariamente en el subapartado siguiente): *Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional*,⁵ del 15 de noviembre de 1985; *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo*,⁶ del 7 de julio de 1992; *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*,⁷ del 9 de abril de 2002; *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido*,⁸ del 14 de setiembre de 2004; *Verbitsky, Horacio*,⁹ del 3 de mayo de 2005; *Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios*,¹⁰ sentencias I¹¹ y II,¹² respectivamente del 8 de agosto de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, y *Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986*,¹³ del 24 de febrero de 2009.

No nos olvidamos, claro está, de dos señeros precedentes que constituyen una muestra embrionaria pero trascendental del tema que aquí exploramos: *Siri, Ángel*,¹⁴ donde el Tribunal se expidió por mayoría¹⁵ el 27 de diciembre de 1957, y *SRL Samuel Kot*,¹⁶ en el que —también mayoritariamente—¹⁷se pronunció el 5 de setiembre de 1958.

⁵ *Fallos*, 307:2184.

⁶ *Fallos*, 315:1492.

⁷ *Fallos*, 325:524.

⁸ *Fallos*, 327:3677.

⁹ *Fallos*, 328:1146.

¹⁰ Causa B.675.XLI.

¹¹ *Fallos*, 329:3089

¹² Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 10, emitido más de quince meses después de *Badaro I*.

¹³ Causa H.270.XLII

¹⁴ *Fallos*, 239:459.

¹⁵ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso. Por su parte, el doctor Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al procurador general en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción, la que proviene de la ley, y agregaba que, si aun fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba “extremo”, indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados

¹⁶ *Fallos*, 241:291.

¹⁷ La mayoría quedó compuesta por los doctores Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela. En minoría se pronunciaron los doctores Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar

Tales emblemáticos decisorios produjeron una contribución vital al derecho procesal constitucional pues dieron vida —nada menos— al proceso constitucional de *amparo*, respectivamente, contra actos de autoridad pública y de particulares.

Asimismo, en *Siri* la CSJN acuñó uno de los párrafos más célebres de su historia jurisprudencial, al afirmar que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*. Añadió, con cita de Joaquín V. González, que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación.¹⁸

3.2. Relación de fallos

3.2.1. *Bonorino Perú*¹⁹

La CSJN ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional enraizada en el incumplimiento de la obligación de mantener “actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el artículo 96 de la Constitución”.²⁰ Dio operatividad, así, a la mencionada garantía, hoy localizada en el artículo 110 de la Ley Fundamental en función de la reenumeración impresa al texto constitucional por la reforma de 1994.

En el decisorio²¹ se aclara que no es objeto del proceso discurrido en la causa “fijar los sueldos de los jueces, ni sustituir la política legislativa en la materia, todo lo cual incumbe al Congreso...” (considerando 5.º); se agrega que el control de constitucionalidad que asumía el Tribunal recaía “sobre la omisión de actualización de los sueldos judiciales merdados por la inflación” y, por ende, nada le impedía, como intérprete final de la Constitución, decidir que la pérdida no compensada del valor monetario real configuraba un supuesto de disminución de aquellas retribuciones, que transgredía el entonces artículo 96 (considerando 6.º).

Desgranando los puntos salientes del fallo, se observa lo siguiente: a) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad reivindicando su rol de intérprete final de la Ley Fundamental; b) operativizó aquella garantía consistente en preservar la

que la doctrina del caso *Siri* no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en *Kot*.

¹⁸ Joaquín V. González: “Manual de la Constitución argentina”, en *Obras completas*, vol. III, n.ºs 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado concretamente en *Fallos*, 239:463

¹⁹ En el texto referimos a *Bonorino Perú*, aunque lo resuelto en dicha causa vale para las siguientes causas decididas también por conjueces: *Perugini*, *Durañona* y *Vedia y Grieben*

²⁰ Cf. Germán J. Bidart Campos: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 10

²¹ El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el Tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjueces: Bidart Campos, Gavier, Moisset de Espanés, Morello y Terán Lomas.

“intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados”, consciente de sus límites y sin desconocer la competencia del Congreso para fijar la política legislativa en la materia, y c) dejó en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una “obligación” constitucional.

3.2.2. *Ekmekdjian c/ Sofovich*

En este paradigmático precedente, resuelto por mayoría,²² la CSJN confirió aplicación directa y operativa al artículo 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente. Además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (artículo 14.1, *in fine*, *ibídem*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*”.²³

Dicho en otros términos, puntualizó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, y el tribunal puede fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado en el caso concreto.²⁴

La sentencia en cuestión deja al desnudo que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y también al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía supralegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento —al influjo de la abstención legislativa— podría constituir *omisión inconstitucional* reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

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. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado [...].²⁵

Por ende, la segunda de las hipótesis: “omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”, provocaría la agresión constitucional (y, en lenguaje más actual, también convencional) por inacción y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

²² La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene (h.) y Belluscio..

²³ Considerando 22 de la mayoría; énfasis agregado.

²⁴ Considerando 22, *in fine*, de la mayoría; énfasis agregado

²⁵ Considerando 16 del voto mayoritario.

3.2.3. Mignone

La CSJN no se limitó, como lo había hecho la Cámara Nacional Electoral (órgano apelado), a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad” (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilitara el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía “urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados”, y en ese marco consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”.²⁶

Básicamente, el Alto Tribunal emitió una especie de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que estos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obstruido por la regla devenida anticonstitucional.

Resulta encomiable el camino seleccionado por el Tribunal como medio útil para superar la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar una norma legal a los postulados operativos de un tratado internacional con valencia homóloga a la de la Carta Magna, pues más allá de la pauta genérica del artículo 18 de la CN (de la que se infiere el principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad de la regla impugnada fue el artículo 23.2 de la CADH.²⁷ En otras palabras, aquel precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas surgentes de una convención internacional jerárquicamente parificada a la Constitución.

Es interesante resaltar que la sentencia tuvo efectos inductores en el Congreso de la Nación, pues luego de su dictado, concretamente el 4 del diciembre de 2003, se sancionó la ley 25858,²⁸ promulgada por decreto 1.342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó, entre otros incisos, el *d* del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 *bis*, que en su primer párrafo

²⁶ El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9.º de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los doctores Boggiano (véase el considerando 8.º) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

²⁷ En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López en la causa “A.671.XXXVII, ‘Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos”, del 27 de septiembre de 2001 (Fallos, 324:3143).

²⁸ BO del 6 de enero de 2004.

dispone que “los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos”.

3.2.4. *Vizzoti*

Modificando su posición hermenéutica anterior, y por unanimidad,²⁹ declaró inconstitucional por irrazonable el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley 24013), para calcular la indemnización por despido incausado.

Paralelamente, y con una carga adicional de activismo judicial, desactivó por inconstitucional aquel límite y avanzó en la *delineación de un criterio normativo operable en la causa* al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación solo hasta el 33 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

3.2.5. *Verbitsky*

Incluimos en la nómina este fallo pues, aunque sus efectos no se dirigían al Congreso de la Nación sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, el tribunal recurrió a una interesante herramienta sentencial exhortativa para atemperar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación.

Cabe recordar que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus correctivo y colectivo* en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La demanda fue desestimada por la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires por considerarse incompetente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ante ello, el actor dedujo recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, frente a lo cual planteó un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la CSJN, que —por mayoría—³⁰ dejó sin efecto el fallo en cuestión, y además dispuso:

²⁹ En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

³⁰ La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano, y también

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de sesenta (60) días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitiera a los jueces respectivos, en el término de treinta (30) días, un informe pormenorizado en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que estos pudieran ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispusieran medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas; asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;
- disponer que cada sesenta (60) días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informara a la CSJN de las medidas que fuera adoptando para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organizara la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, y ordenarle que informara a la CSJN cada sesenta días de los avances logrados.

Desde el punto de vista que aquí interesa enfatizar, el decisorio es importante (aunque de difícil cumplimiento efectivo), pues adoptando un laudable activismo la CSJN delineó un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultaban violatorias, verbigracia, del artículo 18 de la CN y de los artículos XXV de la

disidentemente, aunque solo en forma parcial, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”) y 5, inciso 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término).³¹

En el sentido expuesto, aunque representativas de una naturaleza y un valor de *soft law*³² en materia de derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal elevó al nivel de estándar básico infranqueable las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660 como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana.³³

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la CSJN diseñó una *sentencia exhortativa multilateral* e involucró en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial, pero a su vez mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil para debatir sobre un tema de enorme complejidad.

3.2.6. *Badaro I y II*

3.2.6.1. *Badaro I*

Unánimemente,³⁴ la Corte subrayó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (artículo 14 bis) debe resguardarse legislando sobre el punto.³⁵ De manera convergente señaló:

³¹ Véase el considerando 39 de la mayoría.

³² O'Donnell divide los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en tres categorías: la *primera*, las dos grandes declaraciones de 1948; la *segunda*, los grandes tratados universales y regionales en la materia, y la *tercera*, los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana (Daniel O'Donnell: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Santiago de Chile: Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2.ª ed., 2007, pp. 55-56).

En esta tercera categoría distingue numerosas subcategorías, entre las que identifica como las más relevantes la subcategoría de tratados, por una parte, y la *subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual*, por otra. Añade que estos últimos, que son numerosos, se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas, “declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices” (ibidem, p. 56, énfasis agregado). Así, y si siguiéramos referencialmente la categorización taxonómica del citado autor, las reglas de *soft law* que referimos en el texto quedarían subsumidas en esta última subcategoría dentro de la tercera categoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

³³ Ibidem.

³⁴ El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que hasta hoy (segundo semestre del 2010) el tribunal cuenta: doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

³⁵ Considerando 6.º, énfasis agregado.

[...] el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (artículo 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla.³⁶

Asimismo, puso de manifiesto:

[...] la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*.³⁷

De allí extrajo:

[...] *la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional*.³⁸

El espacio temático en cuyo marco el tribunal entendió configurada la preterición legislativa inconstitucional es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como destinatario de un plus protectorio en los términos del artículo 75, inciso 23. Tal cláusula especifica que corresponde al Congreso Nacional *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*. En otras palabras, queda al descubierto la expresa voluntad del constituyente reformador de visualizar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable e hiposuficiente.

En tal sentido, la CSJN ha precisado:

[...] no solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su artículo 75, incisos 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos.³⁹

³⁶ Considerando 15, énfasis agregado.

³⁷ Considerando 13, énfasis agregado.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Considerando 17.

Por lo demás, mostrándose consciente de sus límites, advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más “la movilidad que cabe reconocer en la causa, *pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer*”.⁴⁰

Las líneas axiales del fallo pueden sintetizarse como sigue:

- Declaró la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental.
- Se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión.
- Diferió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes.
- Decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

3.2.6.2. *Badaro II*⁴¹

Al haber transcurrido un lapso prudencial (más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella” —remarcado agregado—, por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2.º, de la ley 24463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que —ante la *omisión legislativa*— supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de *contenido aditivo*.

3.2.7. *Halabi*

Por mayoría,⁴² *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de

⁴⁰ Considerando 16, énfasis añadido.

⁴¹ Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti

⁴² La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt

⁴³ Considerando 12 de la mayoría.

tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso.

Para arribar a tal conclusión, entre otros argumentos, entendió que la CN admite en el segundo párrafo del artículo 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Puntualizó sobre el particular:

[...] no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.⁴³

Posteriormente añadió:

[...] frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.⁴⁴

En sentido convergente con lo que anunciábamos, paralelamente a detectar la “mora” legisferante y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, trazó algunas precisiones a los efectos de que, ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la “acción colectiva” que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una

⁴⁴ *Ibídem*; énfasis añadido.

⁴⁵ *Ibídem*.

sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (considerando 20 de la mayoría).

Por ello, consideró:

La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.⁴⁵

3.3. Sucinto repaso de algunos aspectos relevantes del recorrido jurisprudencial

Un retrato simplificado del recorrido jurisprudencial de la CSJN nos permite insinuar los siguientes trazos salientes de cada uno de los fallos examinados:

3.3.1. En *Bonorino Perú* (caso resuelto por conjueces) ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional violatoria de una garantía constitucionalmente fijada consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

3.3.2. En *Ekmekdjian c/ Sofovich* dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del artículo 14 de dicha convención podía suscitar la violación de esta al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones.

3.3.3. En *Mignone*, por medio de una especie de sentencia exhortativa multilateral, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, y

⁴⁵ Mario Ackerman: “La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias”, en *La Ley*, t. 2004-F, Buenos Aires, p. 196.

dispuso urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para que adoptaran las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, para lo cual estableció a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

3.3.4. En *Vizzoti* desactivó por irrazonable (y, por ende, inconstitucional) el límite a la base salarial para cuantificar la indemnización por despido sin causa y, en una decisión catalogada de “cuasi legislativa”⁴⁶ y con contenido aditivo, elaboró una pauta normativa sustitutiva de la descalificada por anticonstitucional.

3.3.5. En *Verbitsky* también diseñó una sentencia exhortativa multilateral, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial (Ejecutivo, Legislativo y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto, el fallo revela la detección de omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y dispuso exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

3.3.6. En *Badaro I* descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 *bis* de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: a) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión, y comunica su decisión a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente, y b) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

Ya en *Badaro II*, ante el transcurso de un lapso prolongado sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la persistencia de

⁴⁶ Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, véase “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33

la inacción legislativa, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizatorio de la prestación previsional del accionante.

3.3.7. La sentencia recaída en *Halabi* resulta relevante desde el punto de vista de la consolidación de los procesos colectivos, al adherir el tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

Por su parte, interpretó que medió mora legislativa en la regulación de las “acciones de clase” y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de estas hasta tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

Sea como fuera, queda en un cono de dudas descifrar si en puridad del artículo 43 de la Ley Fundamental corresponde derivar la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador para positivar las *class actions*.

3.4. Acerca de las sentencias atípicas

3.4.1. Aproximación referencial

La insuficiencia del paradigma kelseniano del *legislador negativo*⁴⁷ para responder a las crecientemente complejas funciones y operaciones que el Estado constitucional de derecho demanda a los órganos de justicia constitucional (modelo, el de Kelsen, que en su versión original diagramaba una suerte de molde habitado por la alternativa que alimenta las opciones, obviamente binómicas, entre constitucionalidad —rechazo— e inconstitucionalidad —admisión—) explica la circunstancia empíricamente constatable de la tendencia de la magistratura constitucional a superar semejante corsé adjudicado primigeniamente, moverse hacia posiciones teñidas de cierto activismo y, así, acudir a diversas formulaciones sentenciales que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los planos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

Sobre ese piso de marcha, básicamente en Europa (por ejemplo, en los tribunales constitucionales de Alemania,⁴⁸ Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con reflejos hacia Latinoamérica (verbigracia, en la Corte Constitucional de Colombia, los tribunales constitucionales de Perú y Chile y las salas constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue evolucionando la edificación jurisprudencial de *sentencias atípicas o intermedias* pronunciadas por la jurisdicción constitucional, que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

⁴⁷ Entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, véase “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, en *Jurisprudencia Argentina, LexisNexis*, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23-33.

⁴⁸ Sobre la inconstitucionalidad por omisión en la percepción del Tribunal Constitucional Federal alemán, puede verse el interesante trabajo de Francisco Fernández Segado: “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en Víctor Bazán (coord.): *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, t. 2, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, pp. 999-1035.

Ellas vienen a ubicarse en el espacio existente entre los dos anunciados extremos *tradicionales* y originariamente *solitarios* del segmento de posibilidades decisorias de la jurisdicción constitucional: constitucionalidad (rechazo) e inconstitucionalidad (acogimiento) puras y simples, y en no pocas ocasiones logran quebrar la automaticidad de la secuencia inconstitucionalidad-nulidad.

Dentro del vasto catálogo sentencial que la praxis de la jurisdicción constitucional comparada exhibe, e inmersas en el paradigma de las sentencias *interpretativas*, existen por ejemplo las sentencias *manipulativas*, una de cuyas subcategorías está constituida por las *aditivas*, que justamente suponen la *viabilidad de corregir las omisiones inconstitucionales*. Descritas de modo primario, estas consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*.⁴⁹

3.4.2. La praxis de la Corte Suprema argentina en el particular

Principalmente con su renovada composición, y con tono activista, el tribunal ha intensificado su proclividad a incursionar en nuevas técnicas sentenciales y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos ingredientes para configurar una sistemática propia de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa jurídica y axiológica de la Constitución. Es que, como se ha apuntado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera.⁵⁰

Solo por utilizar la terminología empleada en el derecho y la jurisprudencia comparados y, claro está, *mutatis mutandi*, en el campo correctivo de las pretericiones legislativas inconstitucionales y otros espacios relativos al despliegue de la fiscalización constitucional, podría decirse que el máximo tribunal ha recurrido a una variante —autóctona— de *sentencias atípicas*.

En esa dinámica, y sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse:

- resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo específico (en este último caso, determinando cuantitativamente tal parámetro temporal o limitándose a emplear la difusa expresión “en un plazo razonable”), dando tiempo en algún caso, luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador antes de un análisis final de la pretensión actora (*Badaro I*);
- sentencias en las que ha descartado previsiones normativas por anticonstitucionales y, haciendo gala de su función creadora de derecho, ha construido

⁴⁹ Cf. Marina Gascón Abellán: Voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en Miguel Carbonell (coord.): *Diccionario de derecho constitucional*, México: Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 318.

⁵⁰ Cf. Augusto Martín de la Vega: *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 402.

criterios normativos operables en las respectivas causas para dirimir las cuestiones sometidas a su conocimiento (*Vizzoti y Badaro II*);

- algún decisorio en el que constató la omisión legislativa inconstitucional absoluta y, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas regulatorias de la materia (*acciones de clase*), diseñó ciertos perfiles que las regirían procedimentalmente hasta tanto se emitiera la reglamentación general pertinente por el órgano legisferante (*Halabi*);
- cierto pronunciamiento en el que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando un razonamiento que deja algún espacio para intuir un acercamiento al plano de la prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del tribunal en materia previsional (*Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*⁵¹), y
- sentencias en las que modula temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; así por ejemplo, para evitar la retrogradación de innumerables juicios, en una importante causa descalificó por inconstitucional la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación sobre la controvertida cuestión de los *jueces subrogantes*, aunque para sortear una eventual regresión de numerosísimos procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia diagramó una sentencia *atípica de mera inconstitucionalidad* con efectos *pro futuro*, o sea, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegaran sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente (*Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación*).⁵²

⁵¹ *Fallos*, 328:566, del 29 de marzo de 2005. En él declaró por mayoría la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley 24.463 (*BO* del 30 de marzo de 1995), que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Los efectos inductores del fallo se patentizan claramente porque (además de haber sido este publicado en el *Boletín Oficial de la Nación*) pocos días después de su dictado el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.025 (*BO* del 22 de abril de 2005.), por la cual derogó el citado artículo 19 de la ley 24.463.

El voto que encabeza la sentencia recaída en *Itzcovich* fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

Para un análisis del pronunciamiento reenviamos a Víctor Bazán: "La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad"; en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 5, enero-junio 2006, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Porrúa, pp. 257-287.

⁵² *Fallos*, 330:2361, del 23 de mayo de 2007. La mayoría quedó conformada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente votó el ministro Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los doctores Zaffaroni y Argibay.

4. Reflexiones finales

1. La Constitución ha pasado de ser percibida (o *de pasar desapercibida*) como norma meramente organizativa o emplazada en un parámetro casi metajurídico desde una óptica material, a ser visualizada como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales como en aquellos de naturaleza material y sustantiva.⁵³

Ello nos conecta con el relevante asunto de la *fuerza normativa de la Ley Fundamental*, que sin duda depende de la posibilidad de *realización* de los contenidos constitucionales⁵⁴ o, dicho en otros términos, de la *concreción* de las premisas prescriptivas que aloja su texto.

En este espacio operativo, la labor de la magistratura constitucional u ordinaria, según la adscripción al respectivo sistema de fiscalización constitucional que tipifique al escenario jurídico en cuestión, adquiere una importancia vital.

Y precisamente uno de los propósitos centrales del control jurisdiccional en torno a las omisiones inconstitucionales se ubica en la necesidad de *recomponer* el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía y vigor normativo quedaron momentáneamente bloqueados por la agresión negativa del órgano omitente.

2. Inmersa en esa lógica, y con mayor o menor dosis de contundencia léxica y jurídica, la Corte Suprema viene transitando un camino que abre un horizonte con potencialidades evolutivas en el que cabe imaginar que reserva un sitio importante al ejercicio prudente pero decidido del control jurisdiccional sobre las pretericiones anticonstitucionales.

Como factor analítico significativo para comprender semejante comportamiento del máximo tribunal, no puede dejar de ponderarse que el escenario jurídico argentino, a partir del remozamiento que le brindó la modificación constitucional operada en 1994, parecería haber moldeado una plataforma de legitimación suficiente para habilitar su competencia en el ámbito de la lucha contra las inacciones inconstitucionales de las autoridades públicas insumisas frente a los mandatos de la Norma Básica.

3. Principalmente desde de su renovada composición, puede apreciarse que la Corte Suprema ha comenzado a recurrir más asiduamente a modalidades sentenciales *atípicas*; a modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; a tender lazos dialógicos con otros poderes u órganos de los estados nacional o provinciales; a avanzar en terrenos *incómodos* del control de constitucionalidad, como el del

Un comentario del fallo puede verse en Víctor Bazán: “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 25-61, en particular pp. 45 ss.

⁵³ Cf., *mutatis mutandi*, Pablo Pérez Tremps: “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, n.º 2, abril-junio 2003, Madrid: Universidad Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado (disponible en <www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppti.htm>).

⁵⁴ Konrad Hesse: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2.ª ed., 1992, p. 26.

contralor respecto de las omisiones inconstitucionales (objeto central del presente trabajo); a examinar cuestiones *altri tempi* no justiciables; a acudir a nuevas herramientas interpretativas en el marco constitucional; a depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el contexto de los recursos ordinarios de apelación en materia previsional; a deferir en la Cámara Nacional de Casación Penal y los respectivos tribunales provinciales competentes la revisión amplia de los casos en materia criminal; a diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria; a abrir vías de participación popular que conduzcan a una mayor democratización y transparencia del debate judicial en cuestiones dilemáticas y de envergadura constitucional, generando una atmósfera propicia para elaborar precedentes imbuidos de sustentable ejemplaridad; a insistir en calificar como “eminente” el ejercicio de la jurisdicción constitucional a su cargo y a predicar sobre la necesidad de fortalecerse institucionalmente y vigorizar la independencia judicial.⁵⁵

4. En lo específicamente relacionado con la verificación y la corrección de la inconstitucionalidad por omisión, como hemos afirmado en otras ocasiones,⁵⁶ la Corte deberá conducirse movida y convencida de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de trascendencia pública. Cuenta para ello con herramientas suficientes para tender provechosas líneas de contacto con la ciudadanía y también con el Congreso, el Poder Ejecutivo y otros órganos constitucionales.

No parece superfluo tener presente que la *independencia* judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad —Nino *dixit*— no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.⁵⁷

Es preciso, entonces, que el alto tribunal se mueva guiado por un *activismo prudente*, que al tiempo de asegurar el cumplimiento de su rol esencial de preservación de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales —como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en el orden interno— mantenga indemne la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

5. A esta altura del desarrollo del Estado constitucional de derecho en Argentina, si bien es importante la tarea de *defensa* de la Constitución que la Corte Suprema realiza, se espera además de ella que —como cabeza de un poder del Estado— intensifique su actitud proactiva en aras de *realizar* la Ley Básica, para garantizar su densidad

⁵⁵ Sobre el particular, para ampliar véase Víctor Bazán: “La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 13, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 33-88.

⁵⁶ Puede consultarse, por ejemplo, Víctor Bazán: “Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso”, en Jorge Gentile (coord.): *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 905-935.

⁵⁷ Carlos S. Nino: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 705.

normativa, tonificar su contenido axiológico y potenciar su supremacía junto a la de los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos.⁵⁸

6. Las modestas y seguramente incompletas líneas que dan forma a este trabajo solo buscaron enfatizar que el desiderátum de que la Ley Fundamental supere definitivamente la fase declamativa y alcance su vinculatoriedad jurídica plena en la dinámica de funcionamiento efectivo del Estado constitucional *debe dejar de ser una utopía o una cándidamente vana expresión de deseos*.

⁵⁸ *Mutatis mutandi*, Ahumada Ruiz ha explicado sobre el particular que el papel de los tribunales constitucionales en el período de asentamiento de un nuevo régimen constitucional patentiza la necesidad de “defender” la Constitución, “de afirmar su supremacía en una etapa en la que, inevitablemente, por su falta de arraigo, está más expuesta al riesgo de interpretaciones interesadas o, directamente, por rechazo o por desconocimiento, de incumplimiento, es más acuciante. Pero cuando la oposición a la Constitución deja de ser un peligro inmediato, su garantía puede —por fin— plantearse en otros términos: no se trata simplemente de preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, en definitiva, su ‘realización’ (*implementation, fulfilment*)” (Marian Ahumada Ruiz: *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra: Universidad de Navarra, Garrigues Cátedra y Thomson-Civitas, 2005, p. 51).