

## CONTROL JUDICIAL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA: VARIACIONES EN TORNO A SU ADMISIBILIDAD Y POSIBILIDADES

GUILLERMO F. TREACY

Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones  
en lo Contencioso Administrativo Federal;  
Profesor Adjunto de Derecho Constitucional,  
Universidad de Buenos Aires;  
Profesor Titular de Cátedra de Derecho Administrativo,  
Universidad Nacional de José C. Paz.

SUMARIO: I. Introducción. II. Precisiones conceptuales. III. El control judicial de las omisiones absolutas a nivel federal. III.1. El requisito constitucional de la existencia de un caso. III.2. Algunos precedentes relevantes. III.2.1. El caso del juicio por jurados. III. 2.2. La Ley de Coparticipación Federal. III.2.3. La ley reglamentaria del trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de las leyes. III. 2.4. La Ley de Habeas Data. III.2.5. El amparo colectivo. III.3. Recapitulación. El control de las inconstitucionalidades por omisión a nivel federal. IV. Los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las omisiones legislativas. IV.1. La Ley de Comunas. IV.2. La regulación de la profesión de optómetra. IV.3. La reglamentación del Consejo Económico y Social. IV.4. Recapitulación. Los requisitos de la inconstitucionalidad por omisión a nivel local. V. El desafío de la ejecución de las sentencias. VI. Los remedios judiciales frente a una inconstitucionalidad por omisión. VII. El problema contramayoritario revisitado. VIII. Consideraciones finales.

### I. INTRODUCCIÓN

Un problema que presenta contornos novedosos, al menos en cuanto a la fiscalización judicial (y sus posibilidades y límites), lo ofrecen las omisiones legislativas. Ya antes de la reforma constitucional de 1994, diversos autores se habían referido, en el plano doctrinal, a la inconstitucionalidad por omisión, en particular a partir de la existencia de las denominadas cláusulas constitucionales programáticas que contenía (y aún contiene la Constitución Nacional), entre ellas las denominadas cláusulas económicas y sociales<sup>1</sup>. El control de la supremacía

1 BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad”, en *Derecho Comparado. Revista de la Asociación*

constitucional en casos de omisiones legislativas ha tenido un desarrollo interesante en el Derecho Público provincial, aun cuando los resultados no hayan sido siempre los deseados, al menos desde la perspectiva del acatamiento de las sentencias judiciales.

En este trabajo abordaremos la forma en que se ha planteado la cuestión en el ámbito federal, así como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Al respecto, la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad presenta algunos ejemplos de las posibilidades y límites de la labor judicial cuando se trata de hacer frente a omisiones del legislador. Tal experiencia resulta de interés, a fin de presentarla en forma comparativa con el tratamiento de la cuestión a nivel federal.

En el enfoque de este problema subyace la distinción entre cláusulas constitucionales operativas y programáticas; estas últimas constituían una “vía de escape”, por la cual los tribunales negaban efectividad (o fuerza normativa) a ciertas disposiciones de la Ley Fundamental. En nuestro país, aunque las omisiones legislativas pueden quedar sin remedio en el nivel federal –en particular, debido a una visión restrictiva por parte de los tribunales en materia de legitimación– la situación ha sido algo distinta en el ámbito de la ciudad<sup>2</sup>. Contribuyen a ello, entre otros factores, el hecho de que el constituyente local ha tenido una mayor “desconfianza” hacia el legislador ordinario, regulando con mayor detalle algunas instituciones<sup>3</sup>, así como el hecho de que los jueces han tenido

---

*Argentina de Derecho Comparado*, N° 2, Zavallía, Buenos Aires, diciembre de 1978; del mismo autor: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *ED*, 78-785; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica”, *ED*, 108-98; entre muchos otros. Luego de la reforma de 1994, el tema atrajo también la atención de otros doctrinarios: BAZÁN, VÍCTOR, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en BAZÁN, VÍCTOR (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 41.

2 Algunas provincias prevén expresamente el control de constitucionalidad por omisión en sus Leyes Fundamentales. Tal es el caso de Río Negro. Ver: BIDART CAMPOS, “Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la provincia de Río Negro”, *ED*, 129-949; SAGÜÉS, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro”, en BAZÁN, VÍCTOR (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 109. Asimismo, v. el trabajo de BAZÁN, op. cit.

3 Varias normas de la Constitución de la ciudad poseen precisiones en torno a normas que deben dictarse por el legislador ordinario, indicando sus lineamientos básicos o contenidos que debe tener la legislación de desarrollo de las cláusulas pertinentes (v. gr. se previó el dictado de una Ley Básica de Salud y se indicaron los lineamientos a que debía ajustarse (artículo 21, CCBA) o el Plan Urbano Ambiental (artículo 29), etc.), o bien indicando plazos para su dictado (v. gr. la Ley de Comunas, artículo 127 y cláusula transitoria Decimoséptima). Ello permite establecer con mayor claridad si existe una obligación jurídica incumplida por el legislador. En contraposición con ello, cabe mencionar el caso del juicio por jurados en la Constitución Nacional: la imprecisión temporal

una concepción más amplia de la legitimación, permitiendo que ciertos planteos pudieran ser abordados en el ámbito judicial. También debe mencionarse el hecho de que los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario no han aceptado la existencia de “cuestiones políticas”, insusceptibles de ser tratadas por los tribunales, procurando dar operatividad a las cláusulas no obstante las falencias en la reglamentación. Al proceder de este modo, jugaba un papel fundamental la directriz del artículo 10 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCBA), que consagra la operatividad de los derechos y garantías fundamentales<sup>4</sup>.

A partir de algunos casos jurisprudenciales, tanto federales como locales, procuraremos realizar un balance y examinar las perspectivas del control de constitucionalidad por omisión legislativa, que traduce la aspiración de no dejar zonas exentas del control judicial. Como se verá, existen serias dificultades al dar una respuesta judicial a este tipo de incumplimientos del legislador. Los tribunales federales han sido, en general, poco proclives a admitir estas demandas, en particular debido al requisito constitucional de existencia de un *caso, causa o controversia*. Por su parte, los tribunales del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires han sido receptivos a este tipo de demandas, pero el cumplimiento de tales sentencias presenta aristas complejas. En efecto, muchas veces los poderes constituidos han desconocido el mandato judicial, llevando así a una imposibilidad de hecho. En efecto, los tribunales han sido, hasta ahora, inermes frente al incumplimiento de las sentencias que ordenan el dictado de normas al legislador. Este es el problema que nos interesa abordar en este trabajo.

## II. PRECISIONES CONCEPTUALES

En primer lugar, conviene aclarar que limitaremos el objeto de nuestro análisis a aquellos supuestos en que el legislador, democráticamente electo, omite el dictado de una norma que el poder constituyente le encomienda dictar. Por cierto, el legislador puede incurrir en inconstitucionalidad por acción (cuando dicta una norma contraria, en algún sentido, a la Ley Fundamental) o por omisión (cuando no ejerce la potestad legislativa en el modo o en las oportunidades previstas por la Constitución).

---

del mandato impide sostener que existe un incumplimiento de la Ley Fundamental (v. BIDART CAMPOS, “La justicia constitucional...”, op. cit., p. 787).

4 La norma citada establece: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. *Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de la reglamentación y ésta no puede cercenarlos*” (lo destacado no es del original).

En cuanto a esta última hipótesis, se distinguen dos tipos de omisión: las omisiones absolutas y las omisiones relativas<sup>5</sup>.

Las omisiones absolutas consisten en la no producción de la norma legal que el legislador esté obligado a dictar. En el caso de las omisiones relativas, la norma se dicta, pero en cuanto omite determinados contenidos o previsiones no cumple con entera satisfacción las exigencias constitucionales impuestas al legislador (por ejemplo, no regula todos los aspectos previstos, reduce el ámbito de aplicación requerido, implica discriminación o arbitrariedad, etc.). En otras palabras, la reglamentación existe, pero es insuficiente y no da cabal cumplimiento a los estándares constitucionales (o convencionales).

En los casos de omisiones relativas del legislador, a menudo es posible mediante la interpretación judicial, eludir las dificultades que implica la carencia de una norma que permita dar operatividad a una norma que requiere alguna actividad del legislador. En el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos: 315:1492), la Corte Suprema encontró un remedio apropiado para reconocer, en el caso concreto, la vigencia del derecho de rectificación o respuesta, pese a los problemas que planteaba la inexistencia de una legislación en la materia.

SAGÜÉS, al referirse a los alcances de la acción de amparo ante la omisión legisferante inconstitucional, distingue cláusulas constitucionales de instrumentación simple y de instrumentación compleja. Entre las primeras, menciona la que establece el salario mínimo vital y móvil (artículo 14 bis, CN): ante la omisión legislativa los tribunales podrían determinarlo, en función del costo de vida. En cambio, advierte que en el caso de las cláusulas de instrumentación compleja (como ejemplo cita 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”), los tribunales no podrían suplir la actividad legislativa omitida, ya que exige la previsión de “una estructura burocrática, edilicia y organizativa forzosamente intrincada”. En tales casos, sostiene que el afectado tendría acción “para demandar al Estado por los daños y perjuicios provocados por su mora en sancionar las normas pertinentes”<sup>6</sup>.

En la ciudad de Buenos Aires el problema de las cláusulas de instrumentación compleja –para emplear la terminología de Sagüés– se agudiza, ya que son numerosas las disposiciones de la Constitución que contienen encargos al legislador, que difícilmente puedan ser suplidos con la actividad judicial. No necesariamente la solución puede ser una acción por daños y perjuicios, ya que

5 Seguimos en este punto el marco conceptual que ofrece GÓMEZ PUENTE, MARCOS, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, Capítulo I, especialmente ps. 25-26.

6 SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 102-104.

dependiendo del derecho vulnerado, los tribunales podrían ordenar hacer efectiva la prestación omitida. Por ejemplo, si la Legislatura local no hubiese dictado la Ley Básica de Salud –prevista en el artículo 21 de la CCBA–, los afectados siempre podrían reclamar las prestaciones de salud que correspondan a través del sistema público, ya que el derecho a la salud es operativo, cualesquiera fueran las falencias en su reglamentación (arg. artículo 10 de la CCBA).

En este trabajo nos limitaremos a la cuestión relativa al control judicial de supuestos que se pueden considerar omisiones absolutas del legislador<sup>7</sup>. Son estos casos, en los que a menudo no existe un sujeto específicamente afectado en algún derecho (pues los afectados son todos los vecinos de la CABA, en la medida en que hay un incumplimiento objetivo de la Constitución), los que permiten ver los límites fácticos de la función judicial.

### III. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS OMISIONES ABSOLUTAS A NIVEL FEDERAL

Una característica de la reforma constitucional de 1994 ha sido la de incluir numerosos encargos al legislador ordinario. Existe una serie de disposiciones constitucionales cuya concretización exige el dictado de una ley ordinaria. Sin pretensión de exhaustividad, pueden mencionarse las leyes especiales cuyo dictado está previsto en materia de iniciativa popular (artículo 39 y cláusula transitoria segunda, CN), de coparticipación federal (artículo 75 inciso 2 y cláusula transitoria sexta, CN), de organización del organismo fiscal federal (artículo 75 inciso 2 y cláusula transitoria sexta, CN), de garantía de los intereses del Estado federal (artículo 129 y cláusula transitoria decimoquinta, CN), de ética pública (artículo 36 último párrafo, CN), de consulta popular (artículo 40, CN), de presupuestos mínimos de protección ambiental (artículo 41, CN), de procedimientos para la prevención y solución de conflictos en las relaciones de consumo (artículo 42, CN), marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (artículo 42, CN), de trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3 último párrafo, CN), de los decretos delegados (artículos 76 y 99 inciso 12, CN) y de los decretos de promulgación parcial de leyes (artículos 80 *in fine* y 99 inciso 13, CN), de organización de la Auditoría General de la Nación (artículo 85, CN), de organización de la Defensoría del Pueblo de la Nación (artículo 86 último párrafo, CN), de organización del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento (artículos 114 primer párrafo y 115 *in fine* CN). Otras instituciones previstas en la Ley Fundamental presuponen, implícitamente,

7 Aludimos al “legislador” en sentido genérico, comprensivo tanto de la Legislatura de la ciudad, como del Poder Ejecutivo en ejercicio de funciones reglamentarias. Más allá de las diferencias formales y sustanciales entre ambos órganos, los problemas teóricos de la inconstitucionalidad por omisión presentan puntos de contacto. Sin embargo, las soluciones al problema de la omisión por parte del Poder Ejecutivo no se pueden transpolar fácilmente al caso de las omisiones legislativas.

el dictado de una ley para su funcionamiento (notablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación: artículo 108, CN o el Ministerio Público: artículo 120, CN).

Varias de estas normas preveían un plazo para su dictado, luego de la entrada en vigencia de la Constitución reformada. A menudo se preveía que la ley especial a dictarse lo fuera por una mayoría agravada del Congreso y se indicaban algunas directrices específicas en cuanto al contenido que debía tener esa legislación.

La cuestión que se plantea radica en cuál debería ser la solución frente al incumplimiento por parte del Congreso de estos encargos realizados por el constituyente. A nivel federal el problema resulta complejo, y posiblemente sin solución desde el punto de vista judicial, aunque algunos precedentes aislados parecen admitir una respuesta algo más matizada. Debe quedar claro que nos referimos a los supuestos que la doctrina denomina como de omisiones absolutas, ya que en los casos de las omisiones relativas (esto es, cuando la normativa existe, pero ella implementa defectuosamente el mandato constitucional) los tribunales han actuado en forma efectiva.

### III.1. *El requisito constitucional de la existencia de un caso*

La cuestión central para abordar esta problemática es que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha exigido, con base en los artículos 116 y 117 CN, la existencia de un caso, causa o controversia para habilitar la intervención de los tribunales. En la jurisprudencia del Alto Tribunal se ha señalado que tal concepto presupone el de “parte”; al respecto, el artículo 2 de la Ley 27 establece que la Justicia nacional “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de *parte*” (lo destacado no es del original).

Según la Corte, “si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como ‘un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento’, según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental” (doctrina de Fallos: 156:318; 227:688; 245:552, entre muchos otros).

Por consiguiente, es necesario establecer si existe un nexo lógico entre el estatus afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, recaudando que “resulta esencial para garantizar que [el litigante] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal” (Fallos: 322:528, con cita del precedente norteamericano “*Flast v. Cohen*”, 392 US 83). En este criterio hermenéutico subyace la idea, expuesta por Scalia en el Derecho norteamericano, que vincula la legitimación con el principio de división de poderes. En un

artículo doctrinario, recordado por nuestra Corte, el juez de la Corte norteamericana había planteado que el requisito de legitimación (*standing*) permite marcar una línea divisoria entre aquellos asuntos que eran aptos para su tratamiento en sede judicial y aquellos cuya resolución debía quedar sujeta al proceso político, siendo esencial para evitar lo que denominaba la “sobrejudicialización de los procesos de gobierno”<sup>8</sup>.

En ese orden de consideraciones, la Corte Suprema de nuestro país ha exigido que los agravios que se alegan afecten a la parte de forma “suficientemente directa” o “sustancial”, esto es, que posean “suficiente concreción e inmediatez” para poder procurar dicho proceso (Fallos: 322:528, con cita de Fallos: 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606; entre otros).

### III.2. *Algunos precedentes relevantes*

Teniendo en cuenta que la finalidad de este trabajo es examinar la procedencia de exigir del Poder Legislativo del dictado de una norma que está constitucionalmente ordenada, abordaremos –sin pretensión de exhaustividad– casos en los que se cuestionaba la omisión legislativa en dictar normas que eran necesarias para asegurar la eficacia de cláusulas constitucionales.

En algunos pocos casos el cuestionamiento fue directo, ante la existencia de una omisión legislativa que impedía el ejercicio de una facultad o de un derecho. En otros precedentes, la cuestión pudo ser planteada dentro de los contornos de un caso o controversia, en el que aparecía incidentalmente la cuestión relativa a la omisión de dictar una norma que constitucionalmente era exigible, lo cual acarrearía que la norma constitucional no adquiriera operatividad.

#### III.2.1. El caso del juicio por jurados

Tal vez el supuesto más claro en que se ha planteado, ya desde antes de la reforma constitucional de 1994, la existencia de normas programáticas –no exigibles– ha sido en lo referente a los juicios por jurados. Son evidentes las dificultades de implementación de tal instituto si el Poder Legislativo no regula en qué supuestos y de qué manera funcionará. En estos casos, se trata de lo que Sagüés denomina “normas de instrumentación compleja”. El silencio del legislador equivale en estos supuestos a convertir en letra muerta a la norma constitucional, ya que no parece factible que los jueces puedan subsanar tal laguna.

8 Véase: SCALIA, ANTONIN, “The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers”, 17 *Suffolk Univ. Law Review*, 1983, p. 881. Nos hemos referido a esta cuestión en nuestro artículo: “El litigio de Derecho Público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas”, aparecido en: ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2013, p. 633, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>.

La cuestión se planteó a propósito de los artículos 24 CN, concordante con el ex artículo 67 inciso 11 (actual artículo 75 inciso 12 *in fine*) CN y el ex artículo 102 (actual artículo 118) CN, que preveían –y prevén– el juicio por jurados. En general, el planteo se basaba en la defensa de “falta de jurisdicción” opuesta por el imputado en causas penales, en razón de que las normas constitucionales mencionadas que exigían que los procesos se finalizaran por medio de jurados. En una familia de precedentes, la Corte Suprema sostuvo que los artículos constitucionales mencionados “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados”, observando que, del mismo modo, el artículo 24 CN no impuso al Congreso “términos perentorios para la reforma de la legislación en todos [los rubros]”<sup>9</sup>.

En la escueta fundamentación del Tribunal, la clave parece estar en el hecho de que la norma no imponía un plazo perentorio para la implementación del juicio por jurados, sino que habilitaba la mora del Congreso.

BIDART CAMPOS ha sostenido que la formulación del artículo 118 CN “parece conceder al Congreso un amplio espacio temporal para decidir en qué momento considera oportuno establecer el juicio por jurados. De ser así, su inexistencia actual no implica una omisión legislativa inconstitucional, ni tampoco una violación al supuesto derecho del enjuiciado a contar con la garantía de un jurado en el proceso penal que se tramita en su contra”<sup>10</sup>. Otros autores, en cambio, tienen una postura favorable al instituto y consideran que el argumento de la Corte Suprema en los fallos reseñados, basado en la no perentoriedad del mandato del constituyente, ya no podría ser sostenido razonablemente, habida cuenta del tiempo transcurrido<sup>11</sup>.

Lo cierto es que, aunque las cláusulas del juicio por jurados existen desde el dictado de la Constitución histórica, y han sido mantenidas (e implícitamente ratificadas) por el constituyente reformador, aun no se ha implementado el instituto a nivel federal, y no se advierte que existan remedios judiciales eficaces para exigir el dictado de las normas pertinentes. Pese a la existencia de proyectos de reformas en materia procesal penal, sus contenidos no parecen ir en línea con el cumplimiento de las cláusulas constitucionales que prevén el instituto.

9 El precedente es: “Don Vicente Loveira contra Don Eduardo Mulhall, por injurias y calumnias, sobre competencia”, del 07/11/1911 (Fallos: 115:92). La doctrina aparece reiterada en el caso registrado en Fallos: 165:258 (*in re* “Ministerio Fiscal contra el director del diario ‘La Fronda’ por desacato” del 25/07/1932) y en el de Fallos: 208:21 (1947).

10 BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1998, ps. 302-303.

11 ROSATTI, HORACIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p 445 y ss, especialmente p. 449 y nota al pie 61.



### III.2.2. La Ley de Coparticipación Federal

Como hemos señalado con anterioridad, el artículo 75, inciso 2 CN establece que debe dictarse una ley convenio, “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias”, a fin de instituir “régimenes de coparticipación”, debiendo garantizarse la automaticidad en la remisión de los fondos. La misma norma establece como pauta de distribución entre las jurisdicciones involucradas –la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires–, las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, debiendo establecerse criterios objetivos de reparto. También se prevé que la distribución de los recursos coparticipables sea “equitativa, solidaria y [que dé] prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”. Además se han regulado cuestiones de trámite relativas a esta ley: la Cámara de origen debe ser el Senado y la mayoría exigida para su sanción es de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

Es decir, la norma constitucional prevé requisitos de contenido que habrá de tener la Ley de Coparticipación y también requisitos de forma. Complementariamente, la cláusula transitoria sexta CN establece que el nuevo régimen de coparticipación federal debía quedar establecido antes de la finalización de 1996, plazo que, como es sabido, no ha sido respetado, ya que hasta la actualidad no se ha podido dictar la ley convenio prevista.

¿Es posible exigir judicialmente el dictado de la ley prevista? La cuestión llegó a plantearse en el caso “Gómez Diez” y revela las dificultades procesales de una acción de inconstitucionalidad por omisión. En el caso, un grupo de diputados nacionales planteó la inconstitucionalidad de la Ley 24.699 (que prorrogaba la vigencia del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento de 1993), en tanto creaba un estado de incertidumbre en torno a la implementación del régimen de coparticipación federal. En cuanto aquí interesa, la demanda pretendía que “se requiriese al Congreso de la Nación –por intermedio de la Cámara de Senadores– que antes del 31 de diciembre de 1996 se sancione la nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, de conformidad con lo dispuesto [en los artículos 75 inciso 2 y la cláusula transitoria Sexta CN]”. La demanda solicitaba, en subsidio, para el caso de no dictarse la norma en dicho período, que el Poder Judicial determinara “un plazo razonable dentro del cual la accionada deberá cumplimentar el objeto de esta demanda”<sup>12</sup>.

La Corte analizó en primer lugar si existía un caso, y concluyó que ni la condición de legislador ni la de ciudadano invocada por el actor conferían legitimación suficiente a los actores, lo cual selló la suerte de la pretensión.

En otras palabras, a la luz de este precedente, podría sostenerse que no existe un derecho abstracto a la vigencia de la “legalidad constitucional”, de modo tal

12 La transcripción es textual del fallo de la Corte Suprema, que a su vez refiere el

que, ante cualquier violación objetiva de la Ley Fundamental, cualquier persona pueda accionar en su defensa. La cuestión es compleja, además, porque la pretensión de que se ordene al Congreso dictar una ley –que supone determinados contenidos y su sanción por mayorías especiales– vulnera la autonomía del legislador. Si bien es cierto que el legislador ordinario no está por encima de la Constitución, no lo es menos que ésta exige mayorías agravadas y acuerdos entre las jurisdicciones involucradas, lo cual posee marcados tintes de decisión política. Un mandato judicial con los alcances pretendidos corre el riesgo de ser ineficaz, ya que, ante el incumplimiento, existen pocos remedios para constreñir al dictado de la norma legal omitida. En otros casos, como veremos, los tribunales pueden dar operatividad con mayor facilidad al derecho, frente a la omisión de dictar la norma omitida.

### III.2.3. La ley reglamentaria del trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de las leyes

El mandato del constituyente finalmente fue cumplido con el dictado de la Ley 26.122, dictada en 2006. Si bien no hubo planteos en los que directamente se exigiera el cumplimiento de la norma constitucional<sup>13</sup>, lo cierto es que hubo casos en los que por vía incidental se discutió la cuestión. Más específicamente: ¿puede el Poder Ejecutivo ejercer la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, mientras no exista la ley que regula el trámite legislativo posterior a su dictado? Hoy el interrogante devino abstracto, pero hay precedentes jurisprudenciales que abordaron la cuestión.

En particular, en el caso “Verrocchi” (Fallos: 322:1726), la mayoría de la Corte desechó implícitamente el argumento de que, al no haber sido dictada la ley que regulaba la etapa legislativa de los decretos de necesidad y urgencia, no era posible su dictado. Específicamente se sostuvo que “la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99 inc. 3; párrafo cuarto *in fine*) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación”. Por su parte, en su voto en concurrencia, PETRACCHI sostuvo –luego de recordar el debate en la Convención Constituyente acerca de la fórmula utilizada– que “la vía establecida

---

contenido de la pretensión de los actores en el considerando 1.

13 Una excepción es, en cierta medida, el precedente A.1419.XLIII “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional – ley 26.122 s/ amparo ley 16.986”, del 03/08/2010 en que la entidad actora interpuso un amparo colectivo a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 22 y 24 de la Ley 26.122, por ser contrarios a los artículos 19, 82 y 99 inciso 3 CN y 30 de la CADH. Como puede verse, no se trataba de exigir el dictado de una norma constitucionalmente requerida (esto es, una omisión absoluta), sino que se alegaba que la norma dictada implementaba incorrectamente el mandato del constituyente. La Corte Suprema, en línea con los fallos de instancias anteriores, y con remisión a otro precedente, consideró que no existía caso o controversia.

por la Constitución Nacional exige que el Congreso sancione la ‘ley especial’ que haga operativo el articulado, sin que quepa discutir las bondades del criterio elegido, pues esta Corte sólo debe atender a su significado y a sus consecuencias. Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99 inc. 3º, no puede cumplirse con la ‘subetapa’ legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a estos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia”.

Es interesante contrastar estas dos posturas: mientras para la mayoría la ausencia de la ley especial reguladora del trámite legislativo no impedía al Poder Ejecutivo dictar este tipo de decretos (los cuales siempre están sujetos al control judicial de constitucionalidad), para Petracchi la ausencia de dicha ley impedía el ejercicio de la facultad.

Por otra parte, desde el punto de vista procesal, debe remarcar que aquí sí se verificaba un caso judicial, en la medida en que el accionante era un particular afectado por el contenido de los decretos que se habían dictado. La cuestión de la omisión legislativa apareció en forma incidental.

#### III.2.4. La Ley de *Habeas Data*

El artículo 43, tercer párrafo, CN se refiere a la garantía de *habeas data*. Su regulación legal recién tuvo lugar por medio de la Ley 25.326, dictada en 2000. Ahora bien, la ausencia de una ley reglamentaria de derechos no ha sido obstáculo para la operatividad de éstos, al menos desde el caso “Siri” de 1957 (Fallos: 239:459), en que la Corte Suprema diseñó, en forma pretoriana, un remedio procesal que permitía asegurar la vigencia de los derechos constitucionales<sup>14</sup>. Del mismo modo, en “Ekmekdjian c/ Sofovich” (Fallos: 315:1492), la Corte pudo suplir la falencia de una ley que reglamentara el derecho de rectificación o respuesta, a fin de darle plena operatividad.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, se presentó una situación comparable en el caso de la garantía de *habeas data*: aunque prevista en la Ley Fundamental en sus aspectos centrales, era necesario regular aspectos de detalle a fin de permitir su plena operatividad. En el caso “Urteaga” (Fallos: 321:2767), ante el planteo concreto de un particular que pretendía ejercer el derecho constitucionalmente reconocido –pero aún no reglamentado por el Congreso– la Corte recordó la doctrina sentada en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión

14 En ese precedente, el Alto Tribunal sostuvo que “basta esta comprobación inmediata [de que un derecho ha sido restringido sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción], para que la garantía invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, *sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente*” (lo destacado no es del original).

armoniza con la antigua doctrina del tribunal conforme con la cual “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (Fallos: 239:459 “Siri”).

Sobre estas bases jurisprudenciales, el Alto Tribunal señaló en “Urteaga” que “la lectura de la norma constitucional [del art. 43 tercer párrafo CN] permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente –hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación–, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos” (con cita de la doctrina de “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos: 315:1492, considerando 22).

### III.2.5. El amparo colectivo

El artículo 43 segundo párrafo CN regula el amparo colectivo. Como es sabido, aún no se ha dictado la ley que regule esta importante garantía constitucional, aunque el Alto Tribunal ha intervenido en diversas causas de naturaleza colectiva.

En el caso “Halabi” (Fallos: 332:111) se debatía la constitucionalidad de la Ley 25.873 y de su decreto reglamentario, por vulnerar los artículos 18 y 19 CN al afectar la privacidad de las comunicaciones. La acción había sido acogida en las instancias inferiores, atribuyéndose efectos *erga omnes* a la decisión. En su análisis, la Corte Suprema examinó los contornos del concepto de *caso* en procesos colectivos y advirtió que no existía una ley que reglamentara las acciones de clase, no obstante lo cual consideró que la cláusula del artículo 43 segundo párrafo CN 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”. Específicamente, se sostuvo que la falta de regulación “constituye una mora que el legislador debe solucionar lo antes posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido” (considerando 12). Más adelante se refirió a “la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad”, para pasar a describir algunos antecedentes de legislación comparada (considerando 17). En otra parte de la sentencia, en lo que aquí interesa, el Alto Tribunal señaló que “ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la ‘acción colectiva’ que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la

posibilidad efectiva de participar”, mencionando los recaudos que debían tenerse en cuenta para la admisión de este tipo de acciones (considerando 20).

Como puede verse, la Corte dio operatividad, aquí también, a una garantía constitucional que carecía, y aún carece, de reglamentación legal. En otras palabras, la omisión del legislador encontró solución por una vía indirecta: no se emplazó al legislador a dictar la norma omitida (tampoco era ese el objeto de la acción), sino que se establecieron lineamientos para poder ejercer esta garantía en forma inmediata, para proteger un derecho de incidencia colectiva que había sido vulnerado.

### III.3. *Recapitulación. El control de las inconstitucionalidades por omisión a nivel federal*

Una dificultad básica radica en que, en el ámbito federal, los tribunales exigen la nítida configuración de un caso, causa o controversia. Como veremos en el apartado siguiente, este recaudo se flexibiliza a nivel local.

En principio, no parece posible a nivel federal obtener un mandato judicial, dirigido al legislador, a fin de que dicte una norma determinada, con un contenido específico y, en algunos supuestos, con mayorías especiales. En cambio, resulta factible lograr por vías indirectas la operatividad de una norma constitucional. Ello resulta relativamente sencillo en el caso de normas que consagran derechos a favor de los particulares, en que los tribunales han hallado vías para darles operatividad, soslayando el hecho de que el legislador ordinario no había dado cumplimiento al mandato del constituyente. Creemos que en tales supuestos resulta aplicable el test de “Urteaga”: la norma constitucional debe establecer con nitidez los “perfiles centrales” que habilitan el ejercicio del derecho, pudiendo los jueces suplir los aspectos “instrumentales” que requieren reglamentación legislativa. En tales supuestos, el transcurso de un plazo razonable permitiría exigir la satisfacción del derecho en sede judicial, con efectos para el caso concreto<sup>15</sup>.

La situación parece distinta cuando se trata de una omisión legislativa que incide sobre la operatividad de disposiciones de la Parte Orgánica de la Constitución.

15 Esta línea argumental puede hallarse en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, donde la Corte examinó el planteo relativo al carácter alegadamente programático de una cláusula de la CADH. Al respecto, sostuvo que “si por hipótesis se afirmara que el art. 14 del Pacto es programático y que sólo el Congreso Nacional puede reglamentarlo, parece evidente que *dicha reglamentación debe ser hecha en un plazo razonable*, pues de lo contrario no se habría incorporado a nuestro ordenamiento un derecho, sino su perdurable sombra. Desde este enfoque, no es dudoso sostener que el aludido plazo razonable ha sido largamente excedido, pues desde que el Pacto integra el ordenamiento jurídico han transcurrido más de siete años sin que el Congreso Nacional haya reglamentado el derecho de réplica. Al examinar el problema desde esta perspectiva, el Tribunal entiende que corresponde aplicar el citado derecho, siempre que concurran los precisos requisitos previstos en el art. 14 del Pacto. Ello se funda en las razones aludidas y en que *esta Corte, como poder del Estado* –en su rol de supremo custodio de los derechos individuales–, *no puede permanecer*

Creemos que tal situación se verifica en cuestiones como el dictado de la Ley en materia de juicios por jurados<sup>16</sup>, de la Ley convenio de coparticipación federal o de la Ley reguladora del trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia, entre otras. Aquí la respuesta parece más compleja: a menos que la omisión legislativa afecte derechos puntualmente derivables de la ley omitida, la cuestión va a encontrarse con la valla de la inexistencia de un caso, que habilite la intervención judicial. En principio, existe la regla de que la Constitución debe presumirse operativa en todas sus disposiciones, pero creemos que ello debe ser necesariamente así en materia de derechos, que amplían la esfera jurídica de los particulares. Cuando se trata de normas que atribuyen competencia a los órganos del Estado, la ausencia de reglamentación es una cuestión que no parece apropiada para su tratamiento judicial, en tanto depende de la voluntad de los órganos políticos. Por lo demás, se trata de asegurar la vigencia del principio de corrección funcional como pauta interpretativa<sup>17</sup>, evitando lecturas que modifiquen el equilibrio previsto por el constituyente al atribuir las respectivas competencias.

#### **IV. LOS TRIBUNALES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS**

A los fines de nuestro análisis, nos interesa abordar tres precedentes, en los que actuaron los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, que permiten extraer algunas pautas en lo relativo al funcionamiento de la inconstitucionalidad por omisión en el ámbito local.

##### *IV.1. La Ley de Comunas*

En el caso “García Elorrio” se discutía la no implementación del régimen de comunas previsto en la Constitución de la ciudad<sup>18</sup>. En ella se ordena el dictado de una ley de organización y competencia de las comunas (como entes descentralizados de base territorial de la ciudad) y se previó que la primera elección

---

*inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre derechos humanos” (Fallos: 315:1492, considerando 18, citas omitidas; lo destacado no es del original).*

16 En esta temática es materia de debate si el juicio por jurados es un derecho del imputado o si se trata de un modelo institucional de administración de justicia. Véase: ROSATTI, op. cit., T. II, ps. 447-448.

17 Según HESSE, “[s]i la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación”. Véase: KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 47.

18 Autos: “García Elorrio, Javier María c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 3586/0. Intervinieron el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1, Secretaría N° 1, que dictó sentencia el 15/11/2002, y la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Fuero, que dictó sentencia con fecha 19/05/2003.

de los miembros de las Juntas Comunales tendría lugar en un plazo no menor de cuatro años ni mayor a cinco desde la sanción de la Ley Fundamental (artículo 127 y cláusula transitoria decimoséptima, CCBA). De conformidad con la interpretación de los tribunales que intervinieron en la causa, la convocatoria a elecciones comunales presupone la existencia de la Ley de Comunas. Pese a que no había plazo constitucionalmente determinado para el dictado de esta última, éste implícitamente surgía del hecho de que, conforme a la Constitución, el plazo para las elecciones había vencido el 1 de octubre de 2001.

Tanto en primera como en segunda instancia, la omisión legislativa fue reputada ilegítima, de modo que, acreditados los extremos de la acción de amparo por omisión, la Cámara ordenó que se dictara durante el año legislativo en curso (2003) la Ley de Comunas.

#### IV.2. *La regulación de la profesión de optómetra*

El caso “Usabel”, que llegó hasta el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires<sup>19</sup>, se refería a la omisión de reglamentar la profesión de optómetra, lo cual, según sostuvo la Cámara, importaba una violación de los artículos 22 de la Constitución de la ciudad y del artículo, 12 inciso *i*) de la Ley de Salud de la ciudad (N° 153). Aunque la conclusión del Tribunal Superior fue que no existía una omisión legislativa, sentó algunas bases para determinar en qué situaciones podría configurarse tal situación.

En tal sentido, el voto de la jueza CONDE señaló que “para declarar la inconstitucionalidad omisiva por falta de sanción de una norma el juez debe verificar: *a*) que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma “programática”, requiera de complementación “operativa”; *b*) que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y *c*) que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía” (considerando II.1)<sup>20</sup>.

Por su parte, el juez MAIER, aunque compartiendo expresamente que deben configurarse los extremos mencionados, los formula de la siguiente manera: *a*) la falta de cumplimiento o desarrollo de la Constitución –de un tratado internacional– (que implican la existencia de un deber previo de actuación) derive de la

19 Autos: “Usabel, Héctor y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia data del 22/06/2005. Con anterioridad intervinieron la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (sentencia del 13/11/2002) y el Juzgado de Primera Instancia N° 9 del fuero.

20 Como apoyo doctrinal de esta regla, invocó el trabajo de: BAZÁN, VÍCTOR, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, VÍCTOR (coord.), *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 221.

violación de una norma específica; *b*) dicha norma no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática; *c*) en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas; *d*) la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía (y al demostrarse la relación causal entre la inactividad y el perjuicio). A estos elementos, que desgajan los indicados en el voto anterior, se añade otro: *e*) la inexistencia de un factor cancelatorio del deber de obrar, cual es la imposibilidad (material, técnica o jurídica) de cumplir con el deber jurídico predeterminado (considerando 5)<sup>21</sup>.

El voto de la jueza RUIZ señala que “una omisión es siempre el incumplimiento de una obligación de hacer que el derecho impone al Gobierno” (considerando 4) y que tal situación no se configuraba en este caso. Ello, toda vez que la regulación normativa pretendida ya existía, y el problema radicaba en que ella no satisfacía las expectativas de los actores.

Por último, los jueces LOZANO y CASÁS, en sus respectivos votos, se remitieron, en lo que aquí interesa, a los fundamentos desarrollados por los jueces CONDE y MAIER.

Tal vez este precedente contenga en forma más acabada la doctrina del Tribunal Superior en materia de inconstitucionalidades por omisión. La cuestión más delicada radicará en establecer, con arreglo al test propuesto en los votos de los jueces Conde y Maier, cuándo la obligación de dictar una norma exigida por una disposición de jerarquía superior será lo suficientemente específica. En este caso, la Cámara había inferido que las normas constitucionales y legales invocadas proveían de un fundamento suficiente para considerar que existía el deber de reglamentar la actividad de los optómetras. En cambio, el Tribunal Superior entendió que las disposiciones invocadas por la Cámara resultaban demasiado genéricas como para interpretar que ellas imponían un deber al legislador.

### IV.3. *La reglamentación del Consejo Económico y Social*

En el caso “Confederación General Económica” se pretendía la declaración de inconstitucionalidad por omisión de legislar en que incurrieran la Legislatura y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y se los conminara a proyectar, sancionar y promulgar la ley que reglamente el Consejo Económico y Social previsto en

21 En este caso, el fundamento doctrinal invocado se basó en la siguiente literatura: SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, en *Ius Et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 5, p. 38 y ss.; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *ED*, T. 78, p. 785 y ss.; NINO, CARLOS S., *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Studio Básica, p. 195; y BAZÁN, VÍCTOR, *La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN (ed.), *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Ediar.



el artículo 45 de la Constitución de la ciudad. El caso fue rechazado en primera instancia, decisión que fue revocada por la Cámara, que adoptó una solución concordante con la propiciada por la Fiscalía de Primera Instancia<sup>22</sup>.

La Sala II, haciendo lugar al amparo, dispuso hacer saber al Poder Legislativo que deberá sancionar la ley prevista en el artículo 45 de la Constitución de la ciudad durante el período legislativo 2008. Para decidir de ese modo, acudió a los siguientes argumentos: *a)* que en la ciudad de Buenos Aires no tenía cabida la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (ya se las denomine “actos institucionales” o “actos de gobierno”); *b)* el tenor literal del artículo 45 de la Constitución, que imponía al legislador la creación del Consejo Económico y Social, mandato que era lo suficientemente concreto y específico, con lo que se diferencia este caso del supuesto de “Usabel”; *c)* la existencia de una omisión por parte del Poder Legislativo de actuar; *d)* ante la ausencia de un plazo específico de legislar sobre la cuestión se evaluó si se habían excedido razonables pautas temporales que permitieran tener por configurada la morosidad legislativa; *e)* en cuanto a esto último, tomó en cuenta que diversos cuerpos consultivos previstos en la Constitución ya habían sido objeto de tratamiento expreso por parte de la Legislatura y que, en materia de comunas, el plazo previsto era entre cuatro y cinco años contados desde el dictado de la Constitución; en base a ello consideró que se habían excedido pautas temporales razonables; *f)* el principio participativo recogido en la Ley Fundamental local, y la necesidad de asegurar la remoción de obstáculos que impidieran de hecho, entre otras, la participación en la vida política, económica y social de la comunidad (artículo 11, CCBA).

En base a estos argumentos, el Tribunal, cuya sentencia quedó firme, estimó que se había configurado la omisión legislativa, imponiendo una directiva concreta a la Legislatura. Esta sentencia sigue la línea de “García Elorrio”, en tanto declara la existencia de una omisión legisferante e impone al legislador el dictado de la norma omitida dentro de un plazo (el período legislativo 2008), lo que fue finalmente incumplido.

#### *IV.4. Recapitulación. Los requisitos de la inconstitucionalidad por omisión a nivel local*

En este punto es posible establecer algunos lineamientos para establecer algunas características específicas de la inconstitucionalidad por omisión.

En cuanto a la vía procesal, los casos examinados precedentemente muestran que los tribunales han aceptado que el amparo era la vía judicial idónea para

<sup>22</sup> Autos “Confederación General Económica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)” (EXP 17813/0). Sentencia del Juzgado N° 9 del Fuero de fecha 05/07/2006. Sentencia de la Sala II de fecha 11/09/2007. En primera instancia intervino la Fiscalía N° 1, cuyo dictamen había propiciado hacer lugar a la acción en virtud de la omisión legislativa denunciada.

provocar la fiscalización de este tipo de omisiones absolutas del legislador. En tal sentido, el artículo 14 de la Constitución local establece que el amparo procede frente a “todo acto u *omisión*”, emanada de una autoridad pública o de particulares, entre otros requisitos<sup>23</sup>. Dado que el carácter de “autoridad pública” de la Legislatura está fuera de discusión, en principio, la omisión legislativa podría ser controlada a través de la vía de la acción.

Otro aspecto es que esa omisión del legislador debe ocasionar una lesión o amenaza a derechos o garantías contenidos en la Constitución Nacional, en las leyes nacionales, en los tratados internacionales, en la Constitución de la ciudad, en las leyes locales o en los tratados interjurisdiccionales en que la ciudad sea parte. Posiblemente buena parte de los problemas puedan hallarse en verificar el cumplimiento de este recaudo y en la mayor o menor amplitud con que se lo interprete.

En efecto, en la omisión legislativa, existe un incumplimiento objetivo de la Constitución. En otras palabras, existe una cláusula de la Ley Fundamental que establece con suficiente concreción un deber de legislar y es posible detectar que ese deber ha sido incumplido, con carácter manifiesto. Así sucedía en el caso de las comunas (“García Elorrio”) y, del mismo modo, en el caso “Confederación General Económica”, donde había cláusulas constitucionales claramente identificables. En cambio, el Tribunal Superior no halló que este recaudo estuviera presente en “Usabel”.

Ahora bien, no es suficiente alegar el incumplimiento objetivo de la Constitución, sino además la vulneración de un derecho del cual es titular una persona o grupo de personas<sup>24</sup>. En el caso “García Elorrio” se adujo la violación de derechos electorales (ante la imposibilidad de elegir representantes para el gobierno de las comunas). En el caso de la “Confederación General Económica” se acudió al principio de participación consagrado en la Constitución (artículo 1) y la remoción de obstáculos que la impidan (artículo 11, último párrafo), con lo cual también encontró un fundamento en el plexo de los derechos, para considerar que estaba la necesaria violación de éstos como requisito para la procedencia de la acción.

23 En relación con la acción de amparo individual, el artículo 14 de la CCBA establece: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte...”.

24 Dejamos abierta la cuestión de si un incumplimiento objetivo de la Constitución puede habilitar la vía del amparo colectivo, contemplada en el artículo 14 segundo párrafo de la CCBA, que se refiere a esta acción para la tutela de los “derechos o intereses colectivos”. Ello dependerá de que se considere que existe un “derecho al mantenimiento de la legalidad constitucional”.

Por otra parte, a fin de establecer el carácter manifiestamente arbitrario o ilegal, será necesario que el mandato o encargo del constituyente al legislador ordinario sea lo suficientemente preciso: debe tratarse de una norma cuyo contenido (al menos, en líneas generales) esté claramente determinado por la Constitución, la que además deberá fijar un plazo, o bien éste debe ser factible de inferirse razonablemente. Aquí pueden jugar ciertos conceptos indeterminados, como el exceso de razonables pautas temporales, que puedan justificar que los tribunales establezcan un mandato al legislador para que emita una determinada norma<sup>25</sup>.

Creemos conveniente anticipar –y enseguida volveremos sobre el punto– que, aun verificándose estos recaudos, el amparo contra la omisión legisferante debe ser algo excepcional, y los tribunales deberían agotar los medios tendientes a lograr la efectividad del derecho en el caso concreto, evitando dar un mandato al legislador. Así, si se tratara de la omisión de dictar una Ley Básica de Salud<sup>26</sup>, ello no debería obstar al reconocimiento del derecho en cabeza del afectado, sin que sea necesario que los jueces ordenen a la Legislatura el dictado de la norma pertinente.

## V. EL DESAFÍO DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

El Estado democrático y social de Derecho constituye un modelo exigente para el legislador. En efecto, el desarrollo legislativo constituye un elemento esencial para la efectividad de los derechos fundamentales. Varios de ellos presentan perfiles multiformes y la inactividad del legislador puede significar que tales derechos queden en letra muerta. A menudo, las normas constitucionales están configuradas mediante el enunciado de una finalidad, sin indicar un modo específico para alcanzarla<sup>27</sup>. En otras ocasiones, el constituyente ha deferido al

25 El Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia del 29/01/1969, se refirió al hecho de que había transcurrido un “tiempo prudencial” desde que el legislador ordinario recibió el encargo legisferante por parte del constituyente (citado en SAGÜÉS, *Acción de amparo*, op. cit., p. 103). Este criterio también fue invocado por nuestra Corte Suprema en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos: 315:1492, considerando 18, con cita expresa de jurisprudencia de aquel país.

26 Aclaramos que esta ley fue oportunamente dictada por la Legislatura (Ley 153 de 1999).

27 Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 75 inciso 23 CN, que atribuye al Congreso competencia para “[l]egislar 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 fundamentales, en particular respecto de grupos vulnerables. Del mismo modo, el artículo 11 CCBA se refiere a la “remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”. Ello supone la adopción de diversas políticas públicas por parte de todos los órganos estatales, incluida la Legislatura, con miras a esa finalidad. Sin embargo, aun cuando la norma deba ser dictada por el Poder Legislativo, los jueces tienen la posibilidad, a través de la interpretación, de suplir la omisión normativa.

legislador el deber jurídico de dictar determinada norma, especificando sus contenidos mínimos.

En el caso de la Constitución de la ciudad, ciertas cuestiones de reglamentación quedaron en manos de los poderes constituidos, de modo que la plena operatividad de tales cláusulas quedó diferida hasta el dictado de la ley reglamentaria correspondiente. Sin embargo, estaba presente la experiencia de la Constitución Nacional, varias de cuyas cláusulas no podían tener operatividad sin una actividad del legislador ordinario. Así como el constituyente nacional previó en forma inequívoca el dictado de determinadas leyes, a menudo indicando un plazo máximo para ello, en el ámbito local se siguió una técnica parecida, previendo entre las Políticas Especiales, el dictado de leyes que desarrollen los principios contenidos en las normas constitucionales.

Sin embargo, el constituyente local también puso en cabeza de los tribunales la obligación de dar operatividad a las normas constitucionales, no obstante las falencias en su reglamentación (artículo 10, CCBA). De este modo, puede afirmarse que existe una presunción de operatividad de las cláusulas que consagran derechos, lo cual está en línea con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, al menos desde “Siri” (Fallos: 239:459) y “Kot” (Fallos: 241:191), han consagrado la operatividad de los derechos constitucionales<sup>28</sup>. Sin embargo, resulta menos claro que pueda alegarse en forma directa e inmediata la violación de un derecho, cuando se trata de una ley no dictada por la Legislatura y ello no tenga repercusión directa en algún derecho consagrado constitucionalmente.

A la luz de la experiencia judicial habida en la ciudad en esta materia, no parece que se pueda tratar al cuerpo legislativo como si fuera un órgano monolítico. Es que, mientras en el caso de las omisiones del Poder Ejecutivo resulta menos complejo establecer el comportamiento debido, y, por otra parte, existe un obligado claramente determinable, la situación del Poder Legislativo es diferente. Por un lado, porque los legisladores no tienen una voluntad única: algunos pueden estar a favor de determinado proyecto de ley, otros pueden preferir un proyecto diferente, otros pueden considerar que ninguno de los proyectos es satisfactorio o que no es oportuno aún dictar una norma sobre determinada materia. Las decisiones judiciales dictadas en la ciudad que han constatado omisiones de legislar por parte de la Legislatura no permiten ser optimistas acerca de las posibilidades de este tipo de control constitucional. Frente al incumplimiento de

28 Es ilustrativo el reiteradas veces citado pasaje del caso “Siri”: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas”.

la orden judicial de dictar una norma –aun cuando tal orden se limita a indicar un plazo para legislar, sin pronunciarse sobre el contenido de la norma omitida–, los tribunales se han mostrado impotentes. Las formas tradicionales de exigir el cumplimiento de una sentencia (embargos, astreintes o denuncias penales por desobediencia) no parecen adecuarse a este tipo de situaciones, ya que la tarea legislativa presenta perfiles particulares: no sólo se trata de presentar un proyecto de ley, sino de que los legisladores alcancen un acuerdo y la sancionen. Y ante un desacuerdo entre los legisladores, que impida la sanción de una ley (aunque ella esté constitucionalmente exigida), no parece que se puedan adoptar medidas para lograr una ejecución forzosa<sup>29</sup>.

De este modo, los casos en que se ha detectado una inconstitucionalidad por omisión por parte de los tribunales, las herramientas en manos de los tribunales para lograr la ejecución de tales sentencias han sido insuficientes.

En este contexto, cobra interés analizar las tensiones a que da lugar el instituto de la declaración de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que en la ciudad se ha canalizado a través de la vía procesal del amparo.

Por un lado, se encuentra el principio de supremacía de la Constitución y la presunción de operatividad de las normas constitucionales, sobre todo de aquellas que consagran derechos. Por otra parte, se encuentra el principio de división de poderes, que presupone el respeto a las competencias de cada rama de gobierno cuando ejerce competencias propias. Aunque en los casos de las llamadas omisiones relativas del legislador existe un mayor margen de maniobra y en general la actuación judicial no es susceptible de crítica, los supuestos de omisiones absolutas dejan al juez con escasas herramientas a la hora de fijar un remedio. Las decisiones comentadas en el apartado IV de este trabajo se han inclinado por realizar una suerte de “llamado de atención” al legislador, indicándole que debía sancionar la norma omitida y fijándole un plazo para hacerlo. En el caso de la Ley de Comunas dicho plazo fue incumplido: la ley debía sancionarse durante 2003, pero recién se dictó en 2005 (Ley 1777) y la convocatoria a elecciones comunales está prevista para 2011 (Ley 3233 dictada en 2009), esto es, holgadamente vencidos no sólo los plazos constitucionales sino los fijados en la sentencia. En cuanto a la ley que regule el Consejo Económico y Social, aún no ha sido dictada.

29 La situación es diferente frente a actos positivos de la Legislatura: el nombramiento de un funcionario, el acuerdo para nombrar a un juez, el cumplimiento de ciertos recaudos de trámite (v. gr. la realización de una audiencia pública, etc.). En tales casos, la invalidación en el caso concreto, en razón de alguna inconstitucionalidad, forma parte de las herramientas que tradicionalmente disponen los jueces para el cumplimiento de su misión de preservar la supremacía constitucional.

Conviene explorar las vías disponibles para superar la inacción legislativa, en supuestos que inequívocamente exigen la intervención de la Legislatura para que la norma constitucional pueda tener operatividad.

## **VI. LOS REMEDIOS JUDICIALES FRENTE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN**

En el caso de la Ley de Comunas, el juez de primera instancia previó, en forma subsidiaria, algunos cursos de acción para el caso de que la Legislatura no dictara la norma omitida<sup>30</sup>. Estos aspectos de la sentencia fueron dejados sin efecto por la Cámara, que se limitó a ordenar que la Legislatura aprobara la ley dentro de ese año legislativo, aunque sin indicar temperamento alguno para el caso de incumplimiento de la sentencia. Como se ha visto, en el ámbito nacional no han existido sentencias que directamente exigieran al Congreso la sanción de determinada norma omitida.

¿Es posible que los jueces adopten remedios más incisivos ante la inacción legislativa? Las respuestas en el Derecho comparado no son unívocas<sup>31</sup>.

En el Derecho norteamericano existen dos precedentes que pueden ser de interés, ya que ponen de relieve las dificultades que plantea el enfoque judicial de estos problemas<sup>32</sup>. Estos casos fueron decididos en el contexto de litigios estratégicos, que exigían la adopción de medidas por parte de los cuerpos legislativos. Tanto las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores, como lo resuelto por la Corte Suprema de aquel país muestra las diferentes posiciones en esta materia,

30 Al respecto, ordenó que la Comisión legislativa pertinente tratara el despacho de alguno de los proyectos de ley existentes o que se presentaran, relacionados con esta materia y que, en los plazos reglamentarios, la sometiera a consideración del pleno de la Legislatura. Para la hipótesis en que la ley no fuera aprobada por la Legislatura, se ordenaba al Gobierno que en las siguientes elecciones generales se convocara a comicios para elegir a los integrantes de las Juntas Comunales, tomando como base los Centros de Gestión y Participación existentes, con las modalidades de elección y formas de integración previstas en el artículo 130, CCBA.

31 En el texto nos referimos a sólo dos casos del derecho comparado: el de EE. UU., debido a la filiación de nuestro sistema de control de constitucionalidad, y el portugués, donde se desarrolló el control de constitucionalidad por omisión en previsiones constitucionales expresas, que luego fueron adoptadas por otros países. Un estudio más detallado de las variantes excedería los límites de este trabajo. Para un análisis más completo, ver GÓMEZ PUENTE, *op. cit.*; asimismo, VILLAVARDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

32 Hemos tomado estos casos del trabajo de SCHAPIRO, ROBERT A., "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction", *The Yale Law Journal*, Vol. 99:210 (1989). El autor se muestra favorable a la utilización por los jueces de remedios más activos a fin de compeler al legislador estadual a dictar normas que está obligado a dictar. Con posterioridad a la publicación del artículo, la Corte Suprema de ese país decidió sobre estas cuestiones, en sentido contrario a lo resuelto en las instancias inferiores, como se explica en el texto.

motivadas por la posición privilegiada que cabe reconocer al legislador democráticamente elegido.

En “United States v. City of Yonkers”, se trataba de implementar un remedio para la segregación en materia de escuelas y vivienda en Yonkers, estado de Nueva York. Luego de un litigio prolongado (8 años), el juez ordenó que los miembros de la Legislatura local (*City Council*) dictaran la legislación correspondiente, bajo apercibimiento de multa y prisión. También se preveía un apercibimiento a la ciudad. Cuando la norma fue rechazada por la Legislatura, el juez impuso las sanciones a los integrantes que habían votado en contra del proyecto. La decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones para el Segundo Circuito<sup>33</sup>. La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de examinar el caso, al conocer en el recurso interpuesto por uno de los integrantes del consejo, que cuestionaba la sanción aplicada. Al respecto, señaló que ciertas consideraciones subyacentes en la doctrina de la inmunidad legislativa debieron haber sido tomadas en cuenta por el tribunal federal actuante. En particular, la Corte diferenció las multas por incumplimiento de la orden judicial que se podían poner en cabeza de la ciudad y las que se podían imponer a los legisladores. El juez Rehnquist –autor de la opinión mayoritaria– señaló que las multas impuestas en forma personal a los legisladores restringen su libertad de votar según los mejores intereses de la ciudad. Sostuvo que las multas a un legislador revisten naturaleza “extraordinaria”, pues lo obligan a votar tomando en cuenta sus propios intereses (ante la posibilidad de ver afectadas sus finanzas personales), que prevalecen sobre los de la ciudad. En cambio, las sanciones pecuniarias contra la ciudad pueden llevar a sus legisladores a votar en determinado sentido, a fin de evitar el pago de una sanción que puede afectar el erario público; ello puede formar parte del cálculo que los legisladores deben realizar al tomar decisiones, ponderando el interés de sus representados y el de la ciudad. Mientras las multas sobre el patrimonio de la ciudad por omisión de los legisladores podían ser adecuadas, las multas aplicadas sobre los legisladores eran una perversión del proceso legislativo normal, que tomarían en cuenta su interés personal sobre el de la ciudad. Sobre esta base, se entendió que el tribunal debió haber impuesto las sanciones en primer lugar contra la ciudad y, sólo si con ellas no se lograba el cumplimiento de la orden judicial, debía considerarse la imposición de sanciones sobre los legisladores a título individual. Por último, se señaló que este enfoque

33 “United States v. City of Yonkers”, 856 F.2d 444 (2d Cir. 1988). Se cuestionaban dos decisiones del juez de primera instancia, dictadas con fechas 2 y 5 de agosto de 1988, que condenaron por desacato (*contempt*) a distintos miembros del City Council. La Cámara de Apelaciones pare el Segundo Circuito confirmó tales decisiones. El caso llegó a la Corte Suprema con la carátula “Spallone v. United States” 493 US 265 (1990).

del tema se relacionaba con la doctrina según la cual un tribunal debe ejercer “el mínimo poder posible adecuado al fin perseguido”.

El voto en disidencia se refirió a tres puntos del razonamiento del voto mayoritario. Por un lado, advirtió que, a la luz de los antecedentes del caso, no aparecía como probable que las sanciones en cabeza de la ciudad fueran suficientes para lograr el cumplimiento de la orden judicial. Por otra parte, en cuanto al argumento relativo a la interferencia en el proceso legislativo como resultado de las sanciones a los legisladores, puso de relieve que también se producía un efecto semejante cuando se imponen las sanciones sobre funcionarios de la rama ejecutiva para lograr el acatamiento de las órdenes judiciales y que la Corte, en tales casos, admitió la imposición de sanciones conminatorias. En relación con esta cuestión advirtió que las decisiones de los legisladores están constreñidas por el cumplimiento de la Constitución, de modo que la única pregunta relevante es de qué modo los tribunales pueden obligarlos a dicho cumplimiento. Concluyó que el juez federal había actuado dentro de los límites de sus funciones, al establecer un medio de cumplimiento apropiado, dada la resistencia del consejo de cumplir la orden judicial y la delicada situación política en Yonkers, ya que la actitud de sus legisladores llevaría a una carga mayor en el presupuesto de la ciudad y a agravar las tensiones raciales que la orden judicial pretendía remediar.

El otro caso es “Missouri v. Jenkins”, en el que se trataba de la implementación de un plan de desegregación escolar en Kansas City. Ante el fracaso del distrito escolar en obtener el financiamiento necesario para el plan, el juez federal de primera instancia ordenó un incremento en el impuesto inmobiliario e impuso una sobretasa en el impuesto estatal a las ganancias para los ingresos obtenidos dentro del distrito. La Corte de Apelaciones del Octavo Circuito dejó sin efecto el incremento en el impuesto a las ganancias, pero confirmó la decisión relativa al impuesto inmobiliario.

El caso llegó a la Corte Suprema de los EE. UU.<sup>34</sup> En la opinión mayoritaria se consideró que el incremento del impuesto era no sólo una intrusión en la actividad legislativa, sino una forma de coartar la función de los legisladores. Se sostuvo que, antes de adoptar esa medida drástica, el tribunal de grado debía asegurarse de que no existían otras alternativas para lograr el fin perseguido. El principio subyacente es que se debe guardar el debido respeto por la integridad y las funciones de las instituciones de gobierno local. En función de ello, advirtió que en el caso existían otras alternativas, como autorizar al Distrito Escolar a recaudar el impuesto inmobiliario a una tasa adecuada para financiar el plan de desegregación o bien, disponiendo la suspensión de las leyes locales que

34 El caso llegó de la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito (“Missouri v. Jenkins” 855 F.2d 1295). Fue resuelto por la Corte Suprema de EE. UU., bajo la carátula “Missouri v. Jenkins” 495 US 33 (1990).



podrían impedir al Consejo Escolar ejercer sus atribuciones. Sostuvo que estas alternativas no eran meramente formales, sino que protegían las funciones de las instituciones locales, al tiempo que colocaban la responsabilidad por la solución de los problemas de segregación en cabeza de aquellos que los habían generado. Asimismo, se sostuvo que era constitucionalmente válida la decisión de la Corte de Apelaciones, en tanto ordenó al Distrito Escolar a recolectar sus tributos. Descartó el argumento de que los tribunales no podían suspender leyes locales que impedían a ciertas autoridades estatales a imponer tributos, pues los gobiernos locales tienen, por la cláusula de supremacía, que cumplir las obligaciones que les impone la Constitución.

Por otra parte, en Portugal, un país pionero en el establecimiento del mecanismo del control de constitucionalidad por omisión legislativa en un sistema de control de constitucionalidad concentrado, la única solución que prevé la Constitución es notificar al cuerpo legislativo competente<sup>35</sup>. No obstante ello, se ha señalado que las decisiones del Tribunal Constitucional en esta materia no son totalmente indiferentes, ya que llaman la atención sobre la existencia de un mandato constitucional de legislar que ha sido incumplido, de modo tal que, “en el contexto del debate público, ello confiere una cierta legitimidad a pretensiones que puede formular el sector o sectores de la sociedad más perjudicados por la omisión legislativa” y, además, en los debates parlamentarios, se crean las condiciones para poner de relieve la responsabilidad de aquellos a los que puede atribuirse la responsabilidad por la omisión legislativa<sup>36</sup>.

El panorama que ofrece el Derecho comparado, a nivel jurisprudencial, muestra una reticencia por parte de los Tribunales Constitucionales para imponer mandatos al legislador. Ello puede deberse a limitaciones normativas expresas, o bien a la interpretación de principios constitucionales que impiden que los jueces dispongan medidas que en los hechos signifiquen prescindir de la voluntad del legislador.

## VII. EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO REVISITADO

En cuanto a la situación a nivel federal, la Corte Suprema ha puesto especial énfasis en el concepto de caso (y en el de legitimación) como recaudo para habilitar la intervención de los tribunales. De este modo, en lo que denominamos *omisiones absolutas*, las perspectivas de que un particular obtenga un mandato

35 Artículo 283.2 de la Constitución de la República Portuguesa, en concordancia con el artículo 68 de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley 28/92).

36 Ver: Portuguese Constitutional Court, “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”, Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Vilnius, junio de 2008. Asimismo, ver MIRANDA, JORGE, “A fiscalizacão da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português”, en BAZÁN (coord.), op. cit., p. 153.

judicial para que se ordene al Congreso al dictado de una norma son escasas. Nuestros tribunales no reconocen un derecho genérico a la vigencia de la Constitución, invocable por cualquier persona. Puede resultar más fructífero el control judicial en los casos de *omisiones relativas*, cuando existe la norma legal, pero esta implementa en forma insuficiente el encargo del constituyente, y siempre que exista afectación de un derecho concreto. Sin duda, la rigurosa exigencia de un caso constitucional tiende a evitar la denominada “sobrejudicialización de los procesos de gobierno”, generando un conflicto de difícil solución en caso de que el legislador no pueda alcanzar las mayorías requeridas para el dictado de la norma. Sin duda debe cumplirse la Constitución, pero también deben respetarse los procedimientos de decisión de los órganos democráticamente elegidos. En cambio, de existir una vulneración concreta de derechos derivada de la omisión, los tribunales podrían implementar la solución para el caso concreto, como han hecho en los antes mencionados “Ekmekdjian c/ Sofovich” o en “Urteaga”.

El tratamiento de la omisión legislativa ha sido diferente en la ciudad de Buenos Aires. Allí los jueces han entendido que, dentro del cauce procesal de la acción de amparo, que contempla las omisiones de autoridades públicas, resulta posible litigar este tipo de cuestiones. Sin embargo, a diferencia de los casos en que los jueces proceden como un legislador negativo, declarando la inconstitucionalidad de normas, el reconocimiento de una omisión legislativa plantea problemas nuevos, que posiblemente lleven a los jueces a incursionar en áreas novedosas, y tal vez, ajenas a los cometidos propios de los tribunales. En efecto, ante la declaración de inconstitucionalidad por omisión legisferante, y ante el hecho de que el legislador no dicte la norma omitida, los tribunales no parecen disponer de medios adecuados para suplir dicha omisión.

Quizás ante la insatisfacción que produce el panorama jurisprudencial descrito deba acudir en otro tipo de medidas. Un replanteo de la cuestión obliga a pensar en cómo devolver la decisión al cuerpo electoral o en cómo hacer efectivas responsabilidades políticas.

Por un lado, la Constitución de la ciudad, al igual que la Constitución Nacional, provee de medios de democracia semidirecta que a la fecha han tenido poca aplicación<sup>37</sup>. Aunque el recurso a los órganos judiciales puede resultar una vía atrayente, es necesario advertir que resulta difícil constreñir a los legisladores a votar determinado tipo de legislación. Posiblemente, resulte factible convertir dicha obligación incumplida en una reparación económica cuando se acreditan daños en cabeza de alguien como resultado de la inacción legislativa. Aunque

37 Uno de ellos es la iniciativa popular (artículo 64 CCBA). Sin embargo, el hecho de que el proyecto de ley pueda ser presentado y deba ser tratado, la Legislatura no está obligada a aprobarlo. Lo mismo sucede con la iniciativa popular prevista en la Constitución Nacional (artículo 39).

resulta infrecuente<sup>38</sup>, nuestros tribunales reconocen la responsabilidad del Estado legislador, que podría ofrecer una solución para estos casos por una vía indirecta –y, posiblemente, no del todo satisfactoria, dados los requisitos que se exigen para hacer efectiva esta responsabilidad–.

Otra posibilidad –limitada al ámbito local– radica en ampliar el ámbito del control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad en instancia originaria. Es sabido que la Constitución de la ciudad ha injertado en un sistema básico de control difuso de constitucionalidad, un sistema concentrado a cargo del Tribunal Superior de Justicia. Dicho Tribunal tiene entre sus competencias la de ejercer el control de constitucionalidad de normas, con efectos derogatorios, a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad (artículo 113, inciso 2 de la CCBA). Creemos conveniente argumentar a favor de extender este tipo de control, de carácter concentrado, también a las inconstitucionalidades por omisión.

Como solución de *lege ferenda*, para aquellos casos en caso de que el constituyente encomiende en forma inequívoca la sanción de una ley (v. gr. indicándole un plazo o determinados lineamientos en su contenido) debería enfatizarse el camino inaugurado a través de la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad, con el control concentrado. Tal vez, además de la posibilidad de actuar como legislador negativo, debería preverse la posibilidad de que dicho Tribunal tenga competencia en los casos de inconstitucionalidades por omisión legislativa. Desde luego, no correspondería que el Tribunal Superior sustituyera al legislador aun cuando éste omita dictar la norma. Simplemente, y a semejanza de otros países donde este instituto es conocido, el Tribunal debería limitarse a *declarar* la existencia de una inconstitucionalidad por omisión y requerir informes periódicos a la Legislatura acerca del avance en la elaboración o tratamiento de los proyectos de ley sobre la materia omitida.

Se podrá objetar que esta solución es ineficaz, pero creemos que el principio de soberanía del pueblo, que a través de sus representantes se expresa en el Poder Legislativo, es el que debe prevalecer, frente al problema contramayoritario que plantea la intervención del Poder Judicial, al menos en este caso<sup>39</sup>. No parece

38 En el ámbito europeo, un ejemplo es el caso “Francovich”, en que el Tribunal de Justicia de las (entonces) Comunidades Europeas consideró que Italia incurrió en responsabilidad por no haber dictado la normativa tendiente a trasponer una directiva comunitaria al Derecho interno. La directiva se refería a la protección de los trabajadores en casos de insolvencia del empleador. Un grupo de trabajadores, cuyo empleador había quebrado, se vieron impedidos de percibir sus salarios, sin que el Derecho interno previera una norma que traspusiera esa directiva. La decisión del Tribunal fue la de considerar que el Estado había incurrido en responsabilidad por no adaptar su Derecho interno a la directiva comunitaria (casos acumulados C-6/90 y C-9/90, sentencia del 19/11/1990).

39 Se podrá responder a esto afirmando que la voluntad popular quedó también plasmada

posible obligar al legislador, a través de alguno de los medios habitualmente empleados para constreñir a otros funcionarios públicos (como las astreintes o inclusive las denuncias penales), a cumplir la misión de legislar, esto es, a consensuar una determinada formulación normativa del proyecto de ley y ponerse de acuerdo. Este problema se potencia cuando el constituyente ha exigido una mayoría agravada para dictar una ley determinada.

La solución que propiciamos es paralela a la creada explícitamente por el constituyente local cuando se trata de una inconstitucionalidad por vía de acción, en relación con normas generales. En tales casos, el Tribunal Superior puede declarar la inconstitucionalidad de la norma general, con efectos derogatorios. Cuando se trata de leyes, sin embargo, la Constitución local prevé que la Legislatura pueda insistir, con una mayoría especial, en la vigencia de la ley, de manera tal que prevalece la voluntad de la Legislatura. Esta solución es una clara preferencia del constituyente a favor del legislador ordinario, sin perjuicio de que los afectados puedan obtener la declaración de inconstitucionalidad con efectos para el caso concreto en el sistema de control de constitucionalidad difuso.

Del mismo modo, cuando se trata de una inconstitucionalidad ante una omisión legislativa, podría pensarse en una solución paralela: debería habilitarse, de *lege ferenda* (es decir, reforma constitucional mediante), la competencia del Tribunal Superior de Justicia para que conozca en este tipo de casos.

De esta manera, el diálogo institucional se produciría entre la más alta instancia del Poder Judicial y la Legislatura. Se trata aquí de diseñar un mecanismo paralelo al previsto en las acciones declarativas de inconstitucionalidad: así como se concede al Poder Legislativo la posibilidad de insistir con una ley no obstante su declaración de inconstitucionalidad, dejando a salvo la posibilidad del control de constitucionalidad difuso, del mismo modo se podría postular que el Tribunal Superior conozca en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, sin perjuicio de que, en caso de que la Legislatura no dicte la norma pendiente, quede abierta la posibilidad de que el afectado pueda reclamar ante las instancias de grado por la responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de la obligación legislativa, siempre que se acrediten perjuicios efectivos. El paralelismo con la acción declarativa de inconstitucionalidad radica en que, si se declara que la Legislatura incurrió en omisión, la consecuencia será el dictado de la norma faltante, la cual, como es obvio, tiene efecto *erga omnes*.

### VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Las omisiones del legislador implican un incumplimiento de la voluntad del constituyente que ha encomendado expresamente el dictado de determinada

---

con el dictado de la Constitución, que los jueces deben hacer prevalecer. Pero lo cierto es que de lo que se trata es de buscar los mecanismos más eficaces para asegurar la primacía de la Ley Fundamental.

norma. Una enseñanza que deja este tipo de cláusulas, con encargos del constituyente al legislador ordinario, es la de que debe evitarse, en la medida de lo posible, que la operatividad de ciertas instituciones que se consideran esenciales quede supeditada al eventual dictado de normas. Ni siquiera la previsión de un plazo expreso para cumplir con la directiva constitucional parece ser eficaz para persuadir a un legislador reticente. Ello es particularmente cierto respecto de disposiciones de la parte orgánica, cuya vigencia efectiva —a diferencia de lo que ocurre en materia de derechos fundamentales— puede verse demorada indefinidamente, muchas veces sin que existan sujetos legitimados en condiciones de plantear un reclamo judicial.

Si aun así el constituyente encontrara inevitable dejar pendiente la tarea, convendría atribuir a los órganos del Poder Judicial competencia específica para conocer en inconstitucionalidades por omisión del legislador, acotada a aquellos casos en que, sin existir un particular afectado, resulte necesario el dictado de una ley para la plena efectividad de la Constitución<sup>40</sup>. Aunque esta solución no resolvería el problema de las cláusulas no directamente operativas, al menos pondría de relieve la situación de incumplimiento de la Ley Fundamental.

Otra posibilidad, tal vez más realista, sería que el constituyente evitara mandatos categóricos al legislador ordinario, si se trata de problemáticas que no han podido ser resueltas por el Poder Constituyente. También sería adecuado que el propio constituyente, cuando se trata de instituciones que considera relevantes, regule con detalle los aspectos que pueden ser controvertidos.

Dos ejemplos que existen en el orden nacional revelan la inconveniencia de dejar librado al legislador ordinario cierto tipo de regulaciones. Tanto en el caso del Consejo de la Magistratura de la Nación como en materia de decretos de necesidad y urgencia, el constituyente dejó abierta la regulación, en un caso, de la integración del organismo y en el otro la cuestión acerca del trámite legislativo y los efectos de tales decretos en caso de omisión del Congreso en su tratamiento. En lo relativo al Consejo de la Magistratura, y sin dejar de advertir que la ley pertinente fue dictada cuando estaba vencido el plazo previsto por el constituyente, los cuestionamientos a la ley y sus reformas posteriores (específicamente, en lo relativo a la composición del organismo) difícilmente puedan ser abordados por los tribunales<sup>41</sup>. En el caso de los decretos de necesidad y urgencia, ha quedado

40 En el ámbito federal, ello implicaría superar la concepción vigente de “caso judicial” que está firmemente arraigada en nuestra jurisprudencia constitucional. En cambio, a nivel local, existe el antecedente de la acción declarativa de inconstitucionalidad (artículo 113 inciso 2, CCBA), donde no es necesaria la existencia de un particular afectado para plantear la inconstitucionalidad de una norma.

41 Aunque ello no es imposible, como lo revela el precedente R.369.XLIX “Rizzo, Jorge Gabriel” del 18/06/2013, donde se consideró que existía legitimación del accionante, en tanto era apoderado de una lista de una agrupación de abogados de la matrícula federal, que participaría en

abierta la cuestión relativa a su plazo de vigencia o los plazos para el tratamiento por el Congreso, o las consecuencias de su no tratamiento, todo lo cual quedó deferido a la regulación legislativa. Aunque la ley pertinente ya existe, se han alzado quejas en torno a la conveniencia de tal regulación, que muestran que tales cuestiones deberían haber sido previstas en la Constitución.

No se trata de abogar por una Constitución excesivamente “reglamentarista”, pero es necesario un abordar con realismo las posibilidades de control judicial cuando se trata de una omisión absoluta del legislador. Resulta conveniente evitar, como técnica del constituyente, establecer demasiados encargos al legislador ordinario, que luego encuentran dificultades insuperables para exigir su cumplimiento.

---

las elecciones correspondientes a ese estamento en el Consejo de la Magistratura. En el proceso se debatió la constitucionalidad de diversas disposiciones de la Ley 26.855, que modificaba la composición de dicho órgano constitucional. Debe observarse, sin embargo, que no se trataba de una omisión absoluta, sino de una relativa, en tanto se alegaba el deficiente cumplimiento de la norma constitucional que se refiere al *equilibrio* entre los distintos estamentos que componen el órgano.

# EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

## I

### *Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*

Dirección

**ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA**

Prólogo

**SERGIO G. FERNÁNDEZ**

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE  
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA  
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO  
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA  
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA  
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO  
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS  
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI  
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ  
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY  
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Octubre de 2016*

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina