NEOCONSTITUCIONALISMO E INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN*

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION

VÍCTOR BAZÁN**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumen: En el presente trabajo el autor plantea que la discusión sobre la viabilidad del control de constitucionalidad para conjurar la inconstitucionalidad por omisión representa un capítulo más de la tensión entre el "constitucionalismo" y la "democracia". Asimismo, defiende la existencia de posibilidades razonables de sustentación del ejercicio de la fiscalización constitucional sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental –para preservar la supremacía, la normatividad y la eficacia de ésta– en el marco de las premisas que tipifican el denominado "neoconstitucionalismo" o "constitucionalismo contemporáneo".
Palabras clave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Democracia. Control de constitucionalidad. Inconstitucionalidad por omisión. Supremacía. Normatividad y eficacia de la Constitución. Ponderación de bienes constitucionales.

Abstract: In this essay the writer plans that the discuss about the viability of the Constitutionality control to finished the unconstitutionality by omission serve as a chapter of the tension between the " constitutionalism" and the " democracy". Thus, protect the existence of reasonable possibilities of sustentation in the exercise of constitutional control about the omissions in the Fundamental rights- to protect the supremacy, the normativity and its efficacy – as a mark of the beginning that exemplify the " neoconstitutionalism", the " contemporary constitutionalism".
Key Words: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Democracy. Constitutionality control. Unconstitutionality by omission. Supremacy. Normativity and the efficacy of constitution. Consideration about constitutional goods.

1. Anuncio del itinerario por recorrer en el presente trabajo

En el trabajo que ponemos a consideración del lector, y para contextuar *ab initio* la indagación que emprenderemos, efectuaremos en primer lugar una referencia a los perfiles semánticos del término "neoconstitucionalismo", cuya polisemia es indiscutible.

A continuación, formularemos una aproximación anticipatoria a la tesis central que defenderemos en punto a las posibilidades de sustentación razonable del ejercicio del control de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental en el marco de los pilares sobre los que se basa el neoconstitucionalismo.

En el siguiente sector de este aporte, examinaremos las distintas modalidades ti-

---

* Dedico este trabajo al querido amigo y maestro Dr. Germán J. Bidart Campos al haberse cumplido, en setiembre de 2005, el primer año de su lamentable deceso.

** Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Profesor de Cursos de Posgrado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en otros programas de posgrado y doctorado en Argentina y el exterior. Miembro Titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

pológicas de omisiones inconstitucionales susceptibles de fiscalización constitucional y repasaremos enunciativamente las soluciones normativas –constitucionales e infraconstitucionales– y jurisdiccionales que exhibe el derecho comparado para conjurar la inconstitucionalidad por omisión.

Luego verteremos algunas apreciaciones adicionales en torno del neoconstitucionalismo y nos acercaremos a la problemática de la técnica de la ponderación de bienes constitucionales que, sin olvidar a la subsunción, recibe trato preferencial en el esquema de funcionamiento de aquel modelo de constitucionalismo.

Finalmente, y previo a dar paso a las observaciones de cierre que condensarán las ideas básicas que recorren el trabajo, ahondaremos en las principales líneas de contacto entre el neoconstitucionalismo y la inconstitucionalidad por omisión.

2. Descripción de los perfiles semánticos de la voz "neoconstitucionalismo"

Nada se descubre al expresar que la voz "neoconstitucionalismo" es polisémica.

En ese sentido, y en tren de resumir algunas de las perspectivas referentes a su alcance semántico, recrearemos ciertas visiones doctrinarias al respecto con el objeto de presentar un catálogo de sus acepciones, el que oficiará como punto de partida para contextuar los rasgos fisonómicos de dicho término que serán utilizados preferentemente en el desarrollo de este trabajo.

En torno del tema, Comanducci advierte que las palabras "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo" designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho; mientras que, en un segundo significado, designan, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descriptos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología[1]. Es así como, en esta última acepción "constitucionalismo" y "neoconstitucionalismo" perfilan un modelo constitucional, o sea, el conjunto de mecanismos normativos e institucionales realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales[2].

Por su parte, Barberis puntualiza que el término "neoconstitucionalismo" (empleado frecuentemente sobre todo en el debate filosófico-jurídico) evidentemente reenvía a "constitucionalismo", el que se usa a su vez para indicar al menos tres cosas distintas: en un primer sentido, muy lato, reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes o, más bien del Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de la Constitución como instrumento para limitar el poder político; finalmente, en un tercer sentido (estrictísimo, y –según el autor glosado– no del todo adecuado) indica la doctrina del derecho constitucional[3]. A continuación señala que la posición filosófico-jurídica denominada neoconstitucionalismo retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, por lo que parece existen razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de "neoconstitucionalismo"[4].

A su tiempo, Prieto Sanchís destaca que con el nombre de "neoconstitucionalismo" o "constitucionalismo contemporáneo" se hace referencia tanto a un modelo de organización jurídico-política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar aquel modelo; e, incluso, cabría hablar de neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado Constitucional de Derecho[5].

Presentadas enunciativa y sucintamente las posiciones atinentes al cariz semántico del citado vocablo, creemos que una buena fórmula sintetizadora –que recreamos aquí– es brindada por SASTRE ARIZA, quien se refiere a aquél expresando que se trata de un nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho, cuya peculiaridad viene representada por las características o funciones de algunas Constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial[6] y que se contraponen a las Constituciones del constitucionalismo antiguo o decimonónico[7], lo que –en la certera percepción de FIORAVANTI– supone que aquellas Constituciones "representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo"[8].

3. Planteo preliminar de la cuestión central por abordar

La discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña, a nuestro juicio, un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*[9].

Para plantear la cuestión en términos absolutamente simplificados, y hasta primarios, y partiendo de la casi obvia premisa de que ni democracia ni constitucionalismo son conceptos unitarios, puede ilustrativamente decirse –con ELSTER– que la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio "una persona, un voto"[10]. A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias[11] y está estrechamente asociado a un Tribunal Supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial[12]. Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el Tribunal Supremo; aquélla, encarna la participación popular, éste, las restricciones constitucionales[13].

Avanzando en la argumentación, y como *mutatis mutandi* se afirmara, el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de Derecho, que ha permitido que ingrese en el orden jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no sólo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del Derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción (aunque con las matizaciones que veremos *infra*) y los jueces al legislador[14]. Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades[15].

No resulta entonces extraña a tal elaboración, y ya en conexión con la *fuerza normativa* que la Ley Fundamental ostenta, la circunstancia que evoca PRIETO SANCHÍS respecto de la profunda transformación que, sobre el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, "ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios"[16].

Con claridad, y luego de indicar que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento (lo que considera que no es suficiente, y que no habrá tal norma suprema si no se determina que la infracción de lo dispuesto en la Constitución escrita es

antijurídico), pasa De Otto a expresar que si el ordenamiento no fija aquellas pautas, es decir, si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*[17]. Añade que, por el contrario, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema[18] [en ambos casos el énfasis corresponde al original].

Al hilo de las anteriores apreciaciones, y como puntualiza Sagüés, es innegable que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*[19], las que –naturalmente– pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Sin perjuicio de cuanto va dicho, es preciso demarcar el perímetro y la superficie del campo de acción con que cuenta la judicatura para analizar el cuadro situacional que le permita detectar la presencia de las omisiones inconstitucionales y decidir la producción de los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigurosidad en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Como puede suponerse, la tarea judicial que lleve a definir si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión genera; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; e, *inter alia*, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales ingredientes exigirá del magistrado en cada caso puntual un ejercicio de ponderación (sin olvidar combinarlo con alguna dosis de subsunción) para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano competente margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros (tema sobre el que volveremos).

Mutatis mutandi, Prieto Sanchís –quien, como veremos, ha defendido las bondades del método ponderativo– identifica como rasgo característico de éste el que con él no se logra respuesta válida para todo supuesto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto[20].

Asimismo, el citado autor[21] pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación

de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxima de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los Tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones "proporcionalidad" y "ponderación" como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como "proporcionalidad en sentido estricto".

4. Tipología de omisiones inconstitucionales susceptibles de corrección

Como se pusiera de manifiesto hace ya bastante tiempo, en referencia a las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución[22].

En otras palabras, y aunque suene obvio, es claro que la Constitución puede ser vulnerada no sólo por *acción*, sino, también, por *omisión*; concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria al no dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros. Ello sentado, ¿sería lícito (y, principalmente, legítimo) permitir que los órganos del poder constituido, mediante su inercia, inhibieran la vigencia de la Constitución o paralizaran el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior? Obviamente, la respuesta al interrogante debe ser negativa ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para los mencionados órganos[23].

El ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales persigue –*inter alia*– 'recomponer' el imperio de la Ley Fundamental, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado[24].

Llegados a este punto es imposible evadir un reenvío a WESSEL[25] cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas.

En las *absolutas*, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para "obedecer" el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que –como el argentino[26]– les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario– el principio de igualdad, o –como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ– cuando se produzca una re-

gulación deficiente a causa de la falta de "complitud" (*sic*) de la norma[27].

En este supuesto (omisión relativa), el control judicial de constitucionalidad –excitado por la omisión en perjuicio de algunos– sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente –y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo–, no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquélla cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma *completa* una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepte la valencia expuesta *supra*). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma despareja, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados.

5. Nómina enunciativa de las previsiones normativas o de los emprendimientos jurisprudenciales contra las omisiones inconstitucionales

Siempre tomando en consideración que *el Derecho propio no es el único posible*[28], seguidamente efectuaremos una breve reseña del catálogo de vías que ofrece el derecho comparado para la corrección de las omisiones inconstitucionales: normativas constitucionales y legales o empleo de la creatividad jurisprudencial.

De un rápido recorrido por el derecho comparado se percibe que tanto en las normativas constitucionales –nacionales o estadales [éstas en los sistemas de estructura federal]– o infraconstitucionales, como en la doctrina judicial, existen algunos antecedentes en el derecho comparado para afrontar la pasividad inconstitucional de las autoridades competentes, y que resultan dignos de ser colacionados. Pasemos al detalle de los mismos[29]:

1. En los *textos constitucionales nacionales*, encontramos antecedentes en:

- la *ex Yugoslavia*, donde se verificó el primer precedente normativo-constitucional expreso. Concretamente, aludimos al art. 377 de la Constitución de la –desaparecida– República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 27 de febrero de 1974;

- *Portugal*, en el artículo constitucional 283 y el art. 68 de la Ley del Tribunal Constitucional;

- *Hungría*, en el art. 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, v.gr., Leyes XXXI/1989 y XL/1990; Ley XXXII/1989, de 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre[30];

- *Brasil*, donde la Constitución Federal de 1988 reguló expresamente la *acción de inconstitucionalidad por omisión* en el art. 103, § 2°, confiriéndole competencia originaria y exclusiva para resolverla al Supremo Tribunal Federal. El precepto en cuestión establece: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días". Más allá de la normativa constitucional, cabe recordar también algunos preceptos subconstitucionales, por ejemplo, el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal[31] y la Ley Federal N° 9.868[32], que entrara en vigor el 10 de noviembre de 1999 y que reglamenta el proceso y el juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declarativa de constitucionalidad, normativa que a pesar de no referirse expresamente a la acción directa de inconstitucionalidad por omisi-

ón puede ser aplicada a ésta con algunas observaciones[33] vinculadas principalmente con la naturaleza y el alcance de tal acción que busca combatir las omisiones inconstitucionales; y

- *Venezuela*, cuyo art. 336, numeral 7, de la Constitución de 1999 (en vigor desde 2000), atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para: "Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional, *cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución*, *o las haya dictado en forma incompleta*, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección" – énfasis propio –.

2. En *textos legales*, aun cuando la institución no esté contemplada en la Constitución:

Dicho caso se configura en *Costa Rica*. Allí, y por medio de la Reforma Constitucional 7.128, de 18 de agosto de 1989 (*Gaceta* N° 166, de 1 de setiembre de 1989), se creó la Jurisdicción Constitucional, incluyéndose en el art. 10 de la Constitución que "corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público".

Asimismo, se reformaron los artículos constitucionales 48, 105 y 128. El aspecto de la reforma constitucional de 1989 mencionado en primer término (Jurisdicción Constitucional), fue desarrollado por la Ley N° 7.135 (de 11 de octubre de 1989). Por imperio del art. 4 de tal ley se dispone –en cuanto a lo que aquí interesa– que "la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política"

Específicamente, el art. 73 de la mencionada ley determina las hipótesis en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo especificaciones en relación con el control de las omisiones inconstitucionales en los aps. 'a', 'b' y 'f'.

Más allá del plano normativo, es interesante observar también la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, que se muestra paulatinamente permeable a analizar planteos referidos a inconstitucionalidad por omisión.

Al respecto, recomendamos compulsar lo resuelto recientemente en Expte. N° 04-008653-0007-CO, Resoluc. 2005-05649, de fecha 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano.

En ese sentido, y superando una visión negatoria anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues circunscribía el contralor a las pretericiones de la Administración Pública), en el caso individualizado en último término declaró inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución Política, entre otros, a los arts. 105 y 123 mediante Ley N° 8.281 de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el Transitorio Único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de ésta –el cual venció el 20 de junio de 2003- las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Además, y luego de declarar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a

partir de la notificación de la sentencia, para que dicte las referidas leyes.

3. Por conducto de las *Constituciones estadales* en países de estructura federal, pueden computarse los siguientes casos:

- *Brasil*, donde existen disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en las Constituciones de numerosos Estados, v.gr., Río Grande do Sul (art. 95, inc. XII, letra 'd'), Rio de Janeiro (art. 162, § 2), São Paulo (arts. 74, inc. VI y 90, § 4) y Santa Catarina (art. 85, § 3);

- *México*, visualizándose ciertos antecedentes en las Constituciones de los Estados de Veracruz (arts. 64, fracción III, y 65, fracción III), Tlaxcala (art. 81), Chiapas (art. 56, fracción III) y Quintana Roo (art. 103, fracción VIII); y

- *Argentina*, donde la figura es receptada explícitamente por la Constitución de la Provincia de Río Negro (en el artículo constitucional provincial 207, inc. 2°, ap. 'd') y, un tanto elípticamente, por la Constitución de la Provincia de Tucumán[34] (art. 134, inc. 2°).

4. Por vía *jurisprudencial*, pudiendo citarse – ejemplificativamente – los supuestos de:

- *Alemania, Austria, España* e *Italia*, en los que si bien no existen preceptos específicos en las respectivas Leyes Fundamentales, ha sido importante el despliegue de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para controlar las omisiones legislativas *relativas o parciales*; por ejemplo, y en función de las particularidades de cada uno de los sistemas de esos países, es dable verificar la utilización de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las "sentencias interpretativas" y, dentro de éstas, las "manipulativas" y, más específicamente, las "aditivas"; y de *remedios bilaterales*, que generan la necesidad de colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador, por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las "sentencias de apelación", las que declaran que la ley "todavía no es inconstitucional", el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las "sentencias aditivas de principio" o las "sentencias-delegación"[35]. Aunque no sea ésta la ocasión más oportuna para ahondar en el tema, permítasenos recordar que –como planteara González Beilfuss– la insuficiencia del paradigma kelseniano del legislador negativo no refleja la función normativa que realizan dichos tribunales tanto en el plano legal como en el constitucional a través de su labor interpretativa, además de que, con frecuencia, los pronunciamientos estimatorios de control de constitucionalidad no se limitan a expulsar del ordenamiento una norma inconstitucional[36]. En apariencia, tal actitud de las correspondientes jurisdicciones constitucionales denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad[37];

- también merece una mención –ya en nuestro contexto iberoamericano y entre otros– la experiencia de *Colombia*, cuya Corte Constitucional va moldeando pretorianamente ciertas pautas referidas a las "omisiones legislativas", por ejemplo, en las Sentencias Nos. C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1.433/2000, C-007/2001, C-1.064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003; y,

- entre otros tribunales, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, básicamente, en el pronunciamiento de 24 de febrero de 1999 en la causa iniciada por 'Productos Avon S.A.', donde receptó la figura del amparo a partir no ya de una

norma local sino de una de fuente internacional, concretamente, el art. 25.1 de la CADH; y, por otra parte, ante la inexistencia de una ley reglamentaria del amparo, salvó lo que –a su entender– constituía una "*omisión legislativa*", a través de un remedio unilateral –*per se*, y sin intervención del órgano legislativo– y con sustento en el 29, inc. 2°, de su Ley de Organización Judicial N° 821.

6. Consideraciones adicionales en torno del 'neoconstitucionalismo' y aproximación a la técnica de la 'ponderación' de bienes constitucionales

Retomando algunos conceptos vertidos precedentemente, en el presente sector del trabajo analizaremos con mayor detenimiento algunos perfiles característicos del neoconstitucionalismo y nos acercaremos a la técnica de la ponderación de bienes constitucionales y su relacionamiento con la subsunción en el esquema neoconstitucionalista.

Como punto de partida, resulta muy interesante –y pertinente a los efectos de sustentar la posición que aquí defendemos– el análisis que PRIETO SANCHÍS efectúa en el marco de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento, cuando afirma que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, riesgo que juzga "inevitable" si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo) el que, como modelo de organización jurídico-política pretende representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho y si un postulado de éste es el sometimiento de todo el poder al Derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador[38].

Añade el catedrático glosado que bien cierto es que el neoconstitucionalismo implica también una apertura al "judicialismo" –al menos desde la perspectiva europea–, "de modo que si lo que gana el Estado de Derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales", sentido que tiene –a criterio del autor citado– la ponderación rectamente entendida[39].

Continúa puntualizando que el Estado Constitucional de Derecho parece exigir una nueva teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo, cuyos rasgos sobresalientes son[40]:

- Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria;
- más principios que reglas;
- más ponderación que subsunción;
- omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y,
- por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica alrededor de un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

En el sentido expuesto, y a modo de rápida aproximación a los componentes relevantes del neoconstitucionalismo condensados por PRIETO SANCHÍS, a continuación efectuaremos una síntesis de la percepción que tal autor exhibe al respecto, complementada también con aportaciones de otros doctrinarios. Concretamente, se examinarán por separado las tres primeras premisas, apareciendo en tal análisis intercaladas algunas referencias a las dos últimas.

1. Omnipresencia de la Constitución

Entiende Prieto Sanchís que la Constitución ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., por lo que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación –o distintas orientaciones– en el texto constitucional, corporizándose lo que se ha dado en llamar el efecto "impregnación" o "irradiación" de dicho texto constitucional[41].

Luego advierte el autor que no es cierto, ni siquiera en el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución de dicho texto constitucional, pero sí lo es que éste "impregna" cualquier materia de regulación legal y, así, la solución que tal regulación ofrezca nunca estará por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución[42].

En tanto útil para nuestra argumentación, nos parece imprescindible intercalar aquí –con algún detenimiento– una referencia a Guastini, quien ha examinado acabadamente el problema de la "constitucionalización del ordenamiento jurídico" –denominación para la que el propio autor reconoce que se ha servido de alguna sugerencia de Favoreu al respecto[43]–, concretando interesantes aportaciones para describirlo y entenderlo.

En tal sentido, concibe aquella cuestión como *un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales*[44]. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que *un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida ('pervasiva', 'invadente' en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*[45].

Para perfilar su posición, el autor italiano advierte que el concepto de "constitucionalización" no es bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio[46].

Luego presenta una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como "impregnado" por las normas constitucionales:

- *Una Constitución rígida*: es decir, que sea escrita, que esté protegida o garantizada contra la legislación 'ordinaria', en el sentido de que aquélla no pueda ser derogada, modificada o abrogada por ésta[47].

- *La garantía jurisdiccional de la Constitución*: en el particular, considera obvio que la rigidez de la Constitución, aunque esté formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún control sobre la conformidad de las leyes con aquélla[48].

- *La fuerza vinculante de la Constitución*: sobre el punto, cataloga como uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su contenido normativo– es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos[49].

- *La "sobreinterpretación" de la Constitución*: esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución, es decir, los jueces (especialmente el Tribunal Constitucional, en caso de que exista); los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas[50]. Según entiende Guastini, se trata de una condición importante de constitucionaliza-

ción, añadiendo que tal sobreinterpretación presupone que la Constitución misma sea entendida como vinculante, por lo que existe un nexo muy estrecho entre ésta y la condición anterior[51].

- *La aplicación directa de las normas constitucionales*: lo que depende, por un lado, de la difusión en el seno de la cultura jurídica de cierta concepción de la Constitución; y, por otro, de la actitud de los jueces derivada de la misma[52]. Explica que en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales y, por consecuencia, que las normas constitucionales –sobre todo, los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia[53]. Por lo tanto, la idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares[54]. Finalmente, señala que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, porque la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que ésta sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; y, por otro, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva[55].

- *La interpretación conforme de las leyes*: dicha premisa se vincula –en la concepción del autor citado– con la técnica de la interpretación, no de la Constitución, sino de la ley[56]. Desarrollando su visión sobre el particular, explica que la interpretación conforme (*Verfassungskonformgesetzauslegung* –en la doctrina alemana–) es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución, con el objeto de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional[57].

- *La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*: confiesa el catedrático italiano que se trata de una condición que no es fácil de precisar y que depende de diversos elementos: *el contenido mismo de la Constitución*, pues, por ejemplo, existen Constituciones que establecen que ciertos conflictos puramente políticos –v.gr., conflictos de competencia entre órganos constitucionales– puedan ser resueltos por un órgano jurisdiccional –por ejemplo, el Tribunal Constitucional–, haciendo uso de normas constitucionales); *la postura de los jueces* (sobre todo del Tribunal Constitucional, si éste existe), lo que grafica afirmando que quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política del legislador, o, al contrario, incluir en la discusión las decisiones legislativas aun cuando no sean claramente inconstitucionales; y *la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos*, pudiendo en este ámbito las normas constitucionales ser más o menos usadas en la argumentación política para justificar las acciones y decisiones de aquéllos[58].

De los siete postulados precedentemente especificados, GUASTINI aclara que sólo los dos primeros *son condiciones necesarias de constitucionalización en el sentido de que la constitucionalización no es ni siquiera concebible en su ausencia*; mientras que las restantes son condiciones suficientes de un grado distinto de constitucionalización, al tiempo que asevera que las condiciones tercera, cuarta y quinta están vinculadas entre sí de un modo muy estrecho[59].

De hecho, y más allá de la primera y segunda premisas que el autor juzga como necesarias para la existencia de la constitucionalización, desde nuestro punto de vista y si asumiéramos como válido el esquema presentado por Guastini[60], deberíamos expresar que a los efectos de asumir y postular la viabilidad del control de las omisiones inconstitucionales, sería imprescindible internalizar la convergencia además de las condiciones tercera, cuarta y quinta, es decir, de la fuerza vinculante de la Constitución, la "sobreinterpretación" de esta última y la aplicación directa de las normas constitucionales.

2. Los principios predominan sobre las reglas

De regreso del recorrido por la argumentación de Guastini, y retomando el hilo de la formulación de Prieto Sanchís sobre algunos de los rasgos salientes del neoconstitucionalismo, vemos que éste –apoyándose a su vez en Alexy–, indica que cuando *dos reglas* se muestran en conflicto ello significa que o bien una de ellas no es válida o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad); mientras que cuando la contradicción se entabla entre *dos principios*, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro[61].

Como recuerda Rubio Llorente, al evocar una de las acepciones del término "principio" –con claro tinte *alexyano*[62]–, a diferencia de la norma de tipo "regla", el principio no determina el "derecho definitivo" de su titular, sino el derecho *prima facie*[63]. En la aplicación de la regla, el juez determina definitivamente la existencia o inexistencia del derecho mediante la *subsunción* de los hechos en la norma; mientras que, al aplicar el principio, ha de analizar la validez de las restricciones, por ejemplo, legislativas, que se oponen a la atribución a título definitivo del derecho que *prima facie* aparecía como tal[64]. El principio lleva a la *ponderación* y a la aplicación inexcusable del criterio de la *proporcionalidad*[65].

En términos dworkinianos, si bien normas y principios pueden fundamentar una decisión jurídica sobre la existencia de una obligación en determinadas circunstancias, lo hacen de modo diferente: *las normas se aplican o no se aplican* (si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida)*, al tiempo que los principios* (que hacen referencia a la justicia y la equidad, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación e informan las normas jurídicas concretas de tal modo que la literalidad de éstas puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante) *dan razones para decidir en un sentido determinado*[66], o sea –añadimos– conducen a la ponderación.

De ahí que Prieto Sanchís afirme que las Constituciones parecen presentar en mayor medida que las leyes un género de normas –los principios–, que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas[67], lo que nos tiende el puente para el tema que abordaremos a continuación.

3. Ponderación y subsunción

A juicio de Prieto Sanchís, ponderar es buscar la mejor decisión (por ejemplo, la mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor, lo que sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas; no de todas[68]. Por medio de la ponderación, se formula un "enunciado de preferencia condicionada", se traza una "jerarquía móvil" o "axiológica", afirmándose que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria[69].

Por lo demás, el autor traído en cita expresa que suele decirse que la *ponderación* es el método alternativo a la *subsunción*: las *reglas* serían objeto de ésta, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; mientras que los *principios*, serían objeto de *ponderación*, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna[70].

En torno del tema, advierte que si bien ello es cierto, no le parece que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción pues ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho, dado que *antes* de ponderar es preciso de alguna manera *subsumir*, mostrar que el caso individual forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna; y *después* de ponderar aparece de nuevo la exigencia de *subsunción* porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como premisa normativa de una *subsunción*[71].

Es así como –concluye–, la *ponderación* es un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso; de lo que extrae que dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial, lo que no significa que el legislador no pueda hacerlo sino que la ley, por muy ponderada que resulte, ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamente pueda ser ponderada por otros principios[72].

Nos permitimos advertir por nuestra parte que aquella prevención de PRIETO SANCHÍS en cuanto a que negar que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción pues ambas operan en fases distintas de la aplicación del derecho, se vincula de algún modo con la advertencia de MORESO en relación con que "*idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces –por razones conceptuales– no hay aplicación del Derecho sin subsunción"[73] – bastardilla del original –.

7. Tendiendo puentes entre el neoconstitucionalismo y el control de constitucionalidad sobre las pretericiones contrarias a la Ley Fundamental

Es necesario reiterar aquí que la discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña un capítulo más de la tensión constitucionalismo-democracia o Tribunal Constitucional (o judicatura)-Parlamento (Poder Legislativo) o de la delicada relación entre legislación y jurisdicción[74].

Es que como afirma CARRILLO, en Europa (aunque –agregamos por nuestra parte– también con irradiaciones hacia el ámbito iberoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha

supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Constitución: desde el punto de vista político, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquélla ordena el sistema político y los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado[75].

El autor citado en último término agrega que esta evolución institucional ha comportado una cierta "revolución jurídica", que consiste en que al legislador –depositario de la soberanía popular– le ha surgido un competidor que es la jurisdicción constitucional, dada la potestad puesta a su disposición de expulsar del ordenamiento jurídico una ley aprobada por el Parlamento[76]. Asimismo, señala que pese al carácter traumático que sobre el ordenamiento siempre supone una sentencia estimativa de inconstitucionalidad, "se trata de una situación que en nada vulnera la legitimidad democrática del Estado, puesto que cuando el Tribunal Constitucional ejerce el juicio de constitucionalidad ha de actuar *de acuerdo con la Constitución y no frente a ella*"[77] –énfasis propio.

Como acertadamente se señalara, el modelo político e institucional se ha transformado profundamente y, con ello, también el sistema jurídico y sus patrones de comprensión, ya que frente al estatalismo que confería a la ley el monopolio de la producción jurídica, hoy se incorporan nuevas fuentes supra e infraestatales y, fundamentalmente, la ley ha cedido su sitio privilegiado a favor de una norma cualitativamente distinta, la Constitución[78]. En sintonía con ello, frente a la consideración uniforme de la norma jurídica como regla, en la actualidad se multiplican nuevas estructuras normativas: los valores, los principios, las directrices, que reclaman nuevas herramientas interpretativas[79].

Trazando líneas de contacto entre lo precedentemente expuesto y la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, se constata la existencia de una estrecha vinculación entre la verificación y el contralor de la omisión legislativa por el poder judiciario o el Tribunal Constitucional (según corresponda) y la labor interpretativa e integrativa del Derecho por éstos, visualizándose que dichas labores de constatación y control de la inactividad legislativa suelen requerir, en función de la naturaleza general, abierta e imprecisa de las normas que sujetan al legislador, un importante esfuerzo interpretativo o integrador del juzgador a fin de establecer la existencia y el alcance de los deberes de legislar e, incluso, suplir el vacío que provoca la inactividad[80].

No es ocioso resaltar –con Gómez Puente– que si bien el control de la inactividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto, como de hacerlo sobre una omisión legislativa[81].

A su vez, el autor citado en último término explica que el hecho de que ese control adquiera matices propios de la actuación normativa ello es perfectamente comprensible tratándose de reducir una omisión legislativa, y aunque no fuera así, sucedería lo mismo, pues dicho control se dirige contra un poder normativo, ya que no en vano suele reconocerse o reprocharse a los Tribunales Constitucionales la condición de legislador negativo[82].

En línea con lo afirmado en otros sectores de este trabajo, en el que reitera-

damente hemos reclamado del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, en su caso, una tarea creativa y prudentemente activista para superar o conjurar las omisiones inconstitucionales, GÓMEZ PUENTE indica que resulta difícil negar el carácter esencialmente creativo, integrador o innovador de toda aplicación o interpretación jurídicas, sin que ello signifique invadir las competencias políticas de creación normativa[83]. Advierte que no todo proceso interpretativo de integración, creación o innovación jurídico-normativa equivale necesariamente a la toma de una decisión de este último carácter[84].

Antes de pasar al sector que cierra el presente trabajo, conviene evocar que, atinadamente, PRIETO SANCHÍS defiende que el neoconstitucionalismo viene en cierto modo a resolver el dilema entre *Constituciones garantizadas sin contenido normativo* y *Constituciones con un contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas*[85]. En ese sentido, el neoconstitucionalismo apuesta por una conjugación de ambos modelos, lo que puede sintetizarse en la siguiente fórmula: *Constituciones normativas garantizadas*[86].

Consiguientemente, tales Constituciones contienen normas supremas y con pretensión de eficacia, por lo que, justamente, uno de los instrumentos que cabe reivindicar para asegurar la normatividad y la aplicabilidad de la Constitución se centra en la viabilización del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

Naturalmente, la labor de la judicatura (constitucional u ordinaria) al respecto deberá estar orientada y gobernada por la trascendente pauta de la "razonabilidad", cuya manera de ser concebida ha cambiado, al pasar –en palabras de ZAGREBELSKY– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*[87].

8. Epílogo

Del recorrido panorámico que efectuáramos, podemos extraer las siguientes consideraciones finales, que vienen a unirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en varios pasajes de esta contribución:

1. El modelo jurídico-político del "neoconstitucionalismo", representativo del Estado Constitucional de Derecho, nutre a las Constituciones que, aparecidas fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden recomponer la fractura entre democracia y constitucionalismo.

Justamente, la discusión acerca de las posibilidades de viabilización de la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión configura un pliegue más de la aludida tensión democracia - constitucionalismo.

Como se mantuviera en el presente trabajo, no puede negarse la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento y judicatura, ha propiciado el establecimiento de una Constitución considerada como norma jurídica –por tanto, dotada de fuerza normativa–, impregnada de valores y principios, y presente en todas los espacios jurídicos y en todos los conflictos mínimamente trascendentes.

Así, si el dilema que evoca PRIETO SANCHÍS entre *Constituciones garantizadas sin contenido normativo* y *Constituciones con un contenido normativo más o menos denso pero no garantizadas*, viene en cierta manera resuelto por el neoconstitucionalismo al postular una armonización de ambos modelos traducible en una condensación sintetizadora que arroja como precipitado la fórmula de las *Constituciones normativas garantizadas*[88], se hace entonces perceptible que en el marco de acción del neoconstitucionalismo el control sobre

las omisiones inconstitucionales se erige como un trascendente vehículo para *asegurar la normatividad suprema y la efectividad*, justamente, de dichas *Constituciones normativas garantizadas*.

2. La violación de la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legisferante renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador; por tanto, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace[89].

Consistente con ello, el magistrado judicial deberá *–inter alia–*: proporcionar para el caso concreto el contenido mínimo de un derecho receptado en la Constitución y no desarrollado normativamente; efectuar recomendaciones al legislador; emitir sentencias aditivas si el órgano legisferante ha incurrido en omisión inconstitucional relativa o parcial, provocando una desigualdad verificable al conceder a unos lo que –en igualdad de circunstancias– detrae a otros. En todo caso, se impone la delineación de herramientas procesales (ya propias del modelo *unilateral*; ya del *bilateral o multilateral*) adecuadas a las pautas fisonómicas del sistema jurídico de que se trate, pero siempre haciendo gala, desde la jurisdicción (ordinaria o constitucional), de una interpretación dinámica y evolutiva del texto y el espíritu constitucionales.

Obviamente, no por ello favoreceremos que el juez se filtre 'invasivamente' en órbitas regidas por el margen de discrecionalidad política del legislador (o, como la denomina el Tribunal Constitucional alemán: "libertad de configuración" del legislador); sin embargo, y en todo caso, tampoco resulta lícito (y, sobre todo, legítimo) que se obture la actuación judicial si el órgano legisferante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le fueran dirigidas por la propia Ley Fundamental o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad de circunstancias.

3. No ignoramos que el fenómeno del neoconstitucionalismo no está definitivamente consolidado y que algunas de sus características particulares, como la de su impronta judicialista, en ciertos sectores origina desconfianzas y reacciones desfavorables.

Al respecto, no deja de ser conveniente apelar a la prudencia y al mesurado equilibrio de los valores convergentes en la cuestión, pues –como puntualiza Casal– la articulación de un sistema eficiente de protección de la Constitución ante las omisiones legislativas, que a la vez sea respetuoso del reparto constitucional de las funciones públicas y del principio democrático, exige de los jueces [y magistrados constitucionales] firmeza en el aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como conciencia de los límites de sus poderes y una prudente aplicación de los mismos[90].

Como *mutatis mutandi* refiere Nino –uno de los principales cultores del neoconstitucionalismo[91]–, la 'independencia' judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad[92]. Asimismo, añade que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces, *se facilitaría si se admitieran*

remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones[93] –énfasis agregado.

En conexión con el necesario involucramiento de los jueces o del Tribunal Constitucional –según corresponda– en el debate democrático, del examen de las experiencias normativas (constitucionales o subconstitucionales) y jurisprudenciales en Iberoamérica, se aprecia un creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica, aun pretorianamente, diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales.

Al menos, pareciera consolidarse una tendencia de apertura del debate en cuyo interior discurre la convicción (al menos, la percepción) en punto a que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión *tiene algo que decir y aportar* en pro de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia (real y no sólo declamada) de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

A su tiempo, la observación de la praxis jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia, y pese a que en los respectivos ordenamientos constitucionales de tales países no existen expresas disposiciones acerca de la inconstitucionalidad por omisión, se verifica una importante actividad para controlar las omisiones legislativas relativas por medio del empleo *remedios unilaterales* y *bilaterales o multilaterales*.

Al examinar el nutrido repertorio de opciones sentenciales que en la práctica jurisdiccional comparada se viene diseñando, queda en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión[94].

En línea convergente, el déficit de aquel paradigma se hace también ostensible al no reflejar la *función normativa* que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales en los ámbitos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

4. Sea cual fuera el órgano competente para conjurar las omisiones inconstitucionales (v.gr., cualquier juez o un Tribunal Constitucional), la labor que se realice en tal sentido exigirá dosis suficientes de prudencia y rigurosidad para sortear el riesgo de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

Así, la tarea que conduzca a determinar si se presentan o no los recaudos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería obviar un análisis serio y responsable de los distintos factores en juego: normatividad y supremacía constitucionales; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión origina; período de tiempo por el que viene manteniéndose la inercia del órgano cuestionado; radio de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para implementar una solución material y financieramente sustentable; y, entre otros, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

La interacción de tales elementos requerirá del magistrado en cada caso un ejercicio de ponderación (sin olvidar combinarlo con alguna dosis de subsunción) para diseñar una solución equilibrada que ni abra las puertas a una inapropiada invasión jurisdiccional en sectores competenciales propios de otros poderes del Estado,

ni imposibilite la actuación judicial o del Tribunal Constitucional si el órgano público competente relega irrazonablemente la vigencia de la primacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones que le dirigiera la propia Norma Superior o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluya discriminatoria e ilegítimamente a algunos de lo que concede a otros en similitud de circunstancias.

5. Como parte sustancial del mensaje subyacente en este trabajo milita una premisa que en reiteradas ocasiones se declama desde el registro discursivo y en no pocas se incumple en el plano de la realidad, pero que –creemos– debe defenderse, reivindicarse e intentar que alcance encarnadura en la dimensión fáctica: *la Constitución no es poesía o mera retórica, sino por el contrario, contenido normativo con vocación de operatividad*.

Como enseña Bidart Campos, la Constitución se ha *juridizado*, es "derecho de la Constitución", es decir que se ha superado la idea de Constitución preponderantemente como un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativos[95]. Por el contrario, al cambiar el enfoque y adjudicar a aquélla tal fuerza o vigor, se ha reforzado la tradicional doctrina de la *supremacía constitucional*, porque se le asigna aplicación directa como norma jurídica de base (o de vértice)[96]. Ello implica que el contenido de la Constitución *se ha sustancializado* mediante el denso bloque axiológico que aglutina *valores, principios y derechos*, en un sistema axiológico que tiene como centro a la *persona humana*, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder sino el *núcleo material de valores, principios y derechos* que asignan a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido[97].

Y aunque no pueda dejar de reconocerse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad, pues conecta con intrincados problemas como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y toca puntos hipersensibles al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse *acosadas o invadidas* en ámbitos que entienden de su exclusiva discrecionalidad y por tanto creerse *limitadas antidemocráticamente*, el esfuerzo bien vale la pena.

Es que, justamente, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el intento de *coadyuvar* al acercamiento de los extremos de la brecha erigida entre el exceso normológico y la inconsistencia pragmática a la que a veces se somete a la Ley Fundamental; *plasmar* sin retaceos la voluntad del constituyente; *acortar* el camino entre la Constitución y sus destinatarios; *generar* un sentimiento constitucional que permita a éstos identificarse con los preceptos de la Norma Básica, su carga ideológica y su textura axiológica, al comprobar que las disposiciones de aquélla son cumplidas y cumplibles; y, finalmente, *vivenciar* que la Constitución *es para todos* y el Derecho no es sino un *instrumento de justicia*

6. En conexión con lo anterior, y como acertadamente se afirmara, la realización del derecho al cumplimiento de la Constitución envuelve a todos los protagonistas sociales, lo que torna cada vez más viva la creencia de que la formación de una sociedad democrática presupone la capacidad ciudadana que propicia la concretización del derecho a tener derechos[98].

Desde ese punto de mira, todo mecanismo que –como el encaminado a censurar y corregir las omisiones inconstituciona-

les– tienda a viabilizar la exigibilidad de los derechos y garantías deparados *ex Constitutione* o por vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos[99], aun ante la falta de desarrollo legal de los mismos o la insuficiente o deficitaria reglamentación a su respecto, debe ser bienvenido.

NOTAS

[1] COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2003, p. 75.

[2] Ídem.

[3] BARBERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", trad. de Santiago Sastre Ariza, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, pp. 259/260.

[4] *Ibíd.*, p. 260.

[5] PRIETO SANCHÍS, Luis, voz "Neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel (coordinador), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 420.

[6] Por ejemplo, en un primer momento, las de Italia (1947) y Alemania (1949) y, más tarde, las de Portugal (1976) y España (1978).

[7] SASTRE ARIZA, Santiago, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 239.

[8] FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días [1999]*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 163; cit. por SASTRE ARIZA, Santiago, ídem nota anterior.

[9] Se ha advertido que es difícil analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última y otras, subvertirla, por lo que la tarea en el futuro consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas (SUNSTEIN, Cass R., "Constituciones y democracias: epílogo", trad. de Mónica Utrilla de Neira, en ELSTER, Jon, SLAGSTAD, Rune y colab., *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C., Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1999, p. 368).

[10] ELSTER, Jon, en la "Introducción" a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

[11] *Ibíd.*, p. 34.

[12] *Ibíd.*, p. 36.

[13] Ídem.

[14] Hemos seguido la explicación que se formula en la "Presentación" de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: "Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho", bajo la dirección de PRIETO SANCHÍS, Luis, Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, 2002.

[15] Ídem.

[16] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 121.

[17] DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

[18] *Ibíd.*, p. 18.

[19] SAGÜÉS, Néstor P., en el Prólogo al libro de BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 13/14.

[20] Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico", *Doxa*, N° 23, 2000, Alicante, p. 180.

[21] *Ibíd.*, pp. 178/180 y nota a pie de página 56.

[22] BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, Madrid, 1965, p. 269.

[23] Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, pueden consultarse –entre otros– los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor, "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269; "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108; "Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, julio-

diciembre 2000, Sherwood, Caracas, 2001, pp. 15/44.

[24] Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

[25] Wessel, W., "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

[26] El art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Constitución argentina –de acuerdo con la reforma de 1994– elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

[27] Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998, p. 116.

[28] Paráfrasis de la afirmación de Gorla, G., en el libro colectivo dirigido por Cassese, S., *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Bolonia, 1984, pp. 91/92; citado por Cascajo Castro, José L. y García Álvarez, Manuel B., en el Estudio introductorio a la obra *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

[29] Se trata de una nómina meramente enunciativa. Ver para ampliar, Bazán, Víctor, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado", en Carbonell, Miguel (coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003, pp. 91/286.

[30] Ver al respecto, Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 160.

[31] Tal Reglamento establece la composición y la competencia de los órganos del Supremo Tribunal Federal y regula el proceso y el juzgamiento de los hechos que le son atribuidos por la Constitución de la República (cfr. art. 1).

En la Parte II: 'Del Proceso', Título VI: 'De la declaración de inconstitucionalidad y de la interpretación de la ley', Capítulo I: 'De la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo', se despliegan los arts. 169 a 178 referidos específicamente a la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, de cuyo contenido sólo cabe tomar en consideración específica –a los fines de este trabajo– aquel que resulte compatible con el control respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

[32] Entre otros aspectos, es útil destacar que la Ley N° 9.868, en su Capítulo V: 'De las disposiciones generales y finales' y específicamente por medio del art. 30, añade mayor contenido al art. 8 de la Ley N° 8.185, de 14 de mayo de 1991, que regula la organización judicial en el Distrito Federal y los Territorios.

En lo que aquí interesa, concretamente el art. 8, § 4º, II, de esta última normativa, pasa a disponer que: "II - Declarada la *inconstitucionalidad por omisión* de medida para tornar efectiva una norma de la Ley Orgánica del Distrito Federal, la decisión será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de órgano administrativo, para que lo haga en treinta días" –énfasis agregado–.

[33] Cftar. Hammes, Elia Denise, "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil: a dupla face do sentido da omissão", *Revista Di-*

reito, N° 16, julio/diciembre de 2001, Editora da UNISC, Santa Cruz do Sul, 2001, p. 44.

[34] Aunque justo es indicar que existe el firme propósito del actual gobierno local de modificar la Constitución tucumana, entre cuyas innovaciones se plantea la necesidad de derogar la figura del Tribunal Constitucional (que por cierto nunca fue implementado), cayendo también con ello la previsión constitucional que atribuye competencia a tal órgano para ejercer control de constitucionalidad en un caso *sui géneris* de inconstitucionalidad por omisión.
Concretamente, nos referimos al art. 134, inc. 2°, de dicha Constitución, que le acuerda la atribución de "entender en la acción que deduzca el Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, o un Departamento Ejecutivo contra el Concejo Deliberante, por demora en pronunciarse sobre proyectos de leyes u ordenanzas que aquéllos hubieren presentado. El Tribunal, apreciando las circunstancias, fijará un plazo para que se expidan, vencido el cual sin que ello se hubiera producido, podrá autorizar al accionante para la directa promulgación, total o parcial, de la norma de que se tratare".

[35] Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco J., "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 61, Año 21, enero-abril 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 85/86.

[36] GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 12/13.

[37] MODUGNO, Franco, "Corte Costituzionale e potere legislativo", en AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, p. 48; aludido por GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *loc. cit.* en nota anterior, p. 15.

[38] PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *op. cit.*, *[Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 157.

[39] Ídem.

[40] *Ibíd*., pp. 131/132.

[41] *Ibíd*., p. 132.

[42] *Ibíd*., p. 133.

[43] GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", trad. de José María Lujambio, *Estudios de teoría constitucional*, 1ª reimpr., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, p. 153.

[44] Ídem.

[45] Ídem.

[46] *Ibíd.*, p. 154.

[47] *Ibíd.*, p. 155.

[48] *Ibíd.*, pp. 155/156.

[49] *Ibíd.*, p. 158.

[50] Ídem.

[51] *Ibíd.*, p. 160.

[52] Ídem.

[53] *Ibíd.*, p. 161.

[54] Ídem.

Añadimos por nuestra parte que tal cuestión nos pone en contacto con la compleja temática de la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos y las garantías constitucionales. Desde nuestro punto de vista, y más allá de vincular a las autoridades públicas, aquéllos también ostentan vigor y producen efectos en las relaciones entre particulares. En otras palabras, cabe expedirse por la procedencia del "efecto horizontal" de los derechos y garantías o los "efectos para terceros" de éstos.
Obviamente, un análisis exhaustivo del problema nos alejaría del propósito del presente trabajo, por lo que, en orden a profundizar respecto del mismo, remitimos –por todos– a los siguientes autores: DE VEGA, Pedro, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)", en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (coordinador), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 265/280; BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; y FERRERES COMELLA, Víctor, "La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares", en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 41/52.

[55] GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, p. 161.

[56] Ídem.

[57] *Ibíd*., p. 162.

[58] *Ibíd.*, pp. 163/164.

[59] *Ibíd.*, p. 154.

[60] Pese a haberse recreado en el texto el esquema que ofrece Guastini con enfoque específico en Italia, es claro que el movimiento de la constitucionalización no es patrimonio exclusivo del sistema italiano, sino que se visualiza con mayor o menor magnitud en distintas latitudes jurídicas.
Así, como puntualiza Barberis, alcanza también a todas las grandes democracias occidentales, con la única y parcial excepción de Inglaterra. Al respecto, afirma que es conocido el papel central desempeñado por la Suprema Corte de Justicia en el sistema jurídico-político estadounidense: papel que explica –siempre en la visión del autor citado– por qué las tesis del jurista Dworkin como las del filósofo Rawls se resuelven cada vez más en argumentos que se dirigen a los tribunales. Añade luego que es igualmente conocido el activismo del Tribunal Constitucional alemán, "que desde finales de los años cincuenta no pierde ocasión de lamentar 'el estrecho positivismo legalista' y/o un 'positivismo legalista de carácter neutral hace tiempo superado'; incluso el Consejo Constitucional francés, en la patria del 'positivismo legalista', ha asumido un papel bastante importante a la hora de promover el debate sobre la *constitutionnalisation* del Derecho francés" (Barberis, Mauro, *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 262).
[61] Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* ["Neoconstitucionalismo y..." en *Neoconstitucionalismo(s)*], p. 135, donde a su vez se basa –según su cita– en Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.
[62] Ver Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 81 y ss.
[63] Rubio Llorente, Francisco, en el Prólogo a la obra de su autoría (con colaboradores), *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel, Barcelona, 1995, p. XV.
[64] Ídem.
[65] Ídem.
[66] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 1ª ed., 4ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1999, pp. 72 y ss. Asimismo, es recomendable consultar el interesante prólogo de Calsamiglia, Albert, que, bajo el título "Ensayo sobre Dworkin", presenta la obra (*vid.*, en concreto, pp. 9/10).
Debe quedar en claro que, además de las 'normas' y los 'principios', Dworkin hace referencia a las 'directrices' que aluden a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos (*ibíd.*, p. 72).
Sea como fuera, parece que dicho autor formula una primera distinción entre 'normas' y 'principios', utilizando en la mayoría de los casos –como se encarga de advertir– el término 'principio' en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas; aunque, también aclara que, en ocasiones, será "más exacto" y distinguirá entre 'principios' y 'directrices políticas' –o '*policies*', en la versión en inglés– (ídem, texto y nota a pie de página).
[67] Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* ["Neoconstitucionalismo y..." en *Neoconstitucionalismo(s)*], p. 136.
[68] *Ibíd.*, p. 137.
[69] *Ibíd.*, p. 142.
[70] *Ibíd.*, p. 144.
[71] *Ibíd.*, pp. 144/145.
[72] *Ibíd.*, pp. 145/146.
[73] Moreso, Juan José, "Conflictos entre principios constitucionales", *op. cit. [Neoconstitucionalismo(s)]*, p. 121.Precisamente, Moreso advierte en las líneas iniciales de su trabajo que uno de los objetivos que pretende es presentar más precisamente la idea de ponderación, frente al argumento que a veces se formula acerca de que, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), la operación de la subsunción no es adecuada y debe sustituirse por otra operación denominada ponderación (*op. cit.*, p. 100).
[74] Tomamos esta última apreciación ("lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación") de Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil [Ley, derechos, justicia]*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, p. 152.
[75] Carrillo, Marc, "La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno", en Morodo, Raúl y De Vega, Pedro (directores), *Estudios de Teoría del Estado y*

Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, T° II, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

[76] Ídem.

[77] Ídem.

[78] Cfr. *loc. cit.* en nota 14 ("Presentación").

[79] Ídem.

[80] GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 270.

[81] Ídem.

[82] Ídem.

[83] Ídem.

[84] Ídem.

[85] PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [voz "Neoconstitucionalismo", en *Diccionario*...], p. 421.

[86] Ídem.

[87] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 147.

Previo a tan clara sentencia, el citado jurista italiano menciona que "[l]a problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina 'razonabilidad' y alude a la necesidad de un espíritu de 'adaptación' de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. 'Razonable', también en el lenguaje común ('sé razonable'), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a 'composiciones' en las que haya espacio no sólo para una, sino para muchas 'razones'. Se trata, pues, no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible)" [ídem].

[88] PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* [voz "Neoconstitucionalismo", en *Diccionario*...], p. 421.

[89] SAGÜÉS, Néstor P., "Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coordinadores), 'Instrumentos de tutela y justicia constitucional', *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D.F., 12 al 15 de febrero de 2002), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 619.

[90] CASAL H., Jesús M., "La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4, enero-julio de 2001, Sherwood, Caracas, p. 186.

[91] Tal autor aborda la cuestión relativa a las relaciones entre constitucionalismo y democracia en su libro póstumo *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven/London, 1996, cuya versión en español responde a las siguientes especificaciones: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

[92] NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

[93] Ídem.

[94] GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *op. cit.*, *passim*.

[95] BIDART CAMPOS, Germán J., "La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)", en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (directores), *op. cit.* nota 75, p. 729.

[96] Ídem.

[97] Ídem.

[98] Cfr. PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2ª ed. revista, atualiz. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 198.

[99] Ilustrativamente y con respecto al caso argentino, conviene recordar que es innegable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido la reforma constitucional de 1994 en el contexto de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos; la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data; el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de

complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material*, debiendo esta última asegurarse a través de acciones positivas; y la adjudicación de jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales en la órbita de los derechos humanos (ver nota 26 a pie de página). Este último factor (atribución de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada) a su vez ha generado no pocos, tampoco insignificantes, efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en lista no exhaustiva: la amplificación cuantitativa y cualitativa del repertorio de derechos implícitos y explícitos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de acatar los compromisos internacionales; la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de éstos; y el hecho incontrastable de que el plexo de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional viene a conformar con el texto y al espíritu constitucionales un remozado parámetro de control de constitucionalidad.

Siendo así, ya poco espacio queda para consentir violaciones a los derechos humanos reconocidos constitucionalmente o en los tratados internacionales con valencia homóloga a la Ley Fundamental sea que aquéllas provengan de acciones o *de omisiones* contrarias a ellos, pues ello supondría tolerar conscientemente una concreta agresión a la supremacía que Constitución y tratados ostentan en condición de igualdad.

Otras consideraciones sobre el particular pueden verse en Bazán, Víctor, por ejemplo en, "Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial 'A 10 años de la reforma constitucional', LexisNexis, Buenos Aires, 25 de agosto de 2004, pp. 12/29.