

La supremacía constitucional y su control

*Juan Carlos Mendonça*¹

PRIMERA CUESTIÓN: Sistemas de control de la supremacía constitucional

Como es sabido, la formación del Estado moderno pasó por un largo proceso, que comenzó en el Renacimiento y culminó con su organización constitucional a fines del siglo XVIII, bajo el influjo del liberalismo naciente. La unidad económica, política y militar del Estado fue completada, así, por su unidad jurídica, que permitió constituir el Esta-

-
1. (Asunción, Paraguay, 1928), es Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, en 1954), obtuvo el título máximo de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma Facultad, en 1967. Autor de varios libros. Profesor contratado para el Curso de Posgrado organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica en la materia Garantías Constitucionales; Profesor contratado para el curso de Posgrado organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica en la materia de Teoría General del Derecho; Profesor del Instituto de Altos Estudios Estratégicos, en la materia Estructura Orgánica Funcional del Estado Paraguayo. Es miembro de la Comisión Nacional de Codificación, Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Ex Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Ex Miembro del Consejo Nacional de Límites, Ex Presidente de la Academia Paraguaya de la Lengua Española, Miembro de la Academia Paraguaya de la Lengua Española, Miembro Correspondiente de la Real Academia Española.

do moderno como centro unitario del derecho y como base de todo el ordenamiento institucional. Se suplantó, de este modo, un derecho heterogéneo por otro único, uniforme y de validez general. Es decir, se afirmó un “iuscentrismo” basado en la supremacía de la Constitución.

Siendo así, parece incuestionable la necesidad de que exista un órgano dotado de especificidad funcional, al que se encomiende velar por esa supremacía de la Constitución, mediante facultad suficiente para preservar su imperio. Es decir, con facultad suficiente para pronunciarse sobre la incompatibilidad de las normas ordinarias respecto de las constitucionales y declarar su ilegitimidad. En otras palabras, revestido de competencia para decidir si una norma ordinaria está viciada por contrariar una fundamental.

Varios son los sistemas conocidos al respecto.

En algunos países se entrega al Parlamento ese control. Lo cual ha sido criticado con acierto, porque si el control tiene precisamente por objeto mantener la supremacía constitucional –sobre todo frente a los avances de los órganos legislativos, manejados por mayorías políticas–, no se ve cómo ha de confiarse al propio Poder que dicta las leyes el juicio sobre su legitimidad. Es característico de los pueblos con muy fuerte tradición parlamentaria, que hasta hoy se muestran renuentes a reconocer la independencia del Poder Judicial, como ocurre en gran parte de Europa –cuna doctrinal, sin embargo, de la teoría tripartita–. A tal punto que la justicia es, poco más o menos, con prestigio variable, una rama del Gobierno.[1]

En otros países el control se entrega al Poder Judicial, que es el encargado de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos de los demás Poderes. Este sistema –que ha recibido el nombre de “jurisdiccional”– tiene su filiación en el derecho público norteamericano, que comenzó por enunciar la doctrina de la supremacía constitucional y ter-

minó por entregar a los jueces la protección de esa supremacía. En este punto la doctrina del juez Marshall prevaleció sobre la doctrina sostenida por Jefferson, para quien el Poder Legislativo debía ser el único y exclusivo intérprete de la Constitución. Las razones dadas por Jefferson se fundaron en la teoría de la representación democrática: El Congreso representa la mayoría popular, mientras los jueces, que son designados, y no electos, no representan la voluntad mayoritaria del pueblo. El profesor Henry Steele Commager ha actualizado la doctrina jeffersoniana, denunciando que la historia de los Estados Unidos demuestra que no han sido los tribunales los principales ni más acertados defensores de las libertades nacionales, sino el Congreso. Reconoce, empero, que a esta altura no es posible cambiar la tradición de su país en materia de control.[2] Este sistema admite dos modalidades: la del control jurisdiccional concentrado y la del control jurisdiccional difuso, según sea ejercido por un solo órgano o por varios órganos. El nuestro es el primero, después de habernos regido el segundo.

Hay países en los cuales el control está confiado a órganos mixtos, integrados a veces por representantes de dos Poderes y, otras, por representantes de los tres Poderes clásicos. Son órganos más o menos políticos, con cierto carácter judicial, pero que no forman parte de la administración de justicia propiamente dicha, como no forman parte de los otros Poderes. Tales órganos, conocidos ordinariamente con el nombre de Tribunales Constitucionales, están considerados como un “Poder neutral”, “moderador” o “regulador” que amén de mantener la supremacía de la Constitución tienen a su cargo mantener el equilibrio entre los distintos Poderes. Su creación se debió a la autoridad de Kelsen, evidenciada al redactar la Constitución austriaca de 1920. Ha sido reputado por algunos autores, principalmente europeos –que, influidos por la tradición, no pueden evitar su desconfianza hacia la magistratura judicial–, como la más genuina expresión de la jurisdicción constitucional.

En último análisis, la mayoría de las legislaciones oscila entre dos de los sistemas mencionados: el norteamericano, con su experiencia bise-

cular, y el ideado por Kelsen para Austria en 1920. A ejemplo de la Constitución norteamericana y, más cercanamente, de la Argentina de 1853, el Paraguay adoptó el sistema del control jurisdiccional de la Constitución, primero en forma implícita (Constitución de 1870 y Carta Política de 1940) y ahora en forma expresa (Constituciones de 1967 y de 1992).

Implícitamente primero, porque ni en los modelos, ni en nuestra Constitución de 1870 ni en nuestra Carta Política de 1940, figuraba disposición concreta que entregase ese control al Poder Judicial. Ellas no preveían procedimiento alguno para asegurar en la práctica la efectividad de la supremacía constitucional, ni entregaban a órgano alguno la competencia específica para decidirla.

Así expuesto el problema del control de la supremacía de la Constitución parece bastante simple. Pero, sin embargo, en nuestro derecho plantea cuestiones relevantes que hasta ahora no han sido debidamente dilucidadas.

Mi propósito en esta oportunidad es motivar la reflexión sobre algunas de esas cuestiones relacionadas con la problemática del control jurisdiccional, que, por eso mismo, pueden resultar polémicas. En cuyo caso serían tan útiles la coincidencia como la crítica y el disenso.

SEGUNDA CUESTIÓN: El problema del órgano competente para el ejercicio del control en nuestro derecho constitucional

Tanto en lo que concierne a la acción como a la excepción de inconstitucionalidad, es necesario referirse al problema de la competencia para la declaración de inconstitucionalidad; ya que el mismo surge de los términos de la propia Constitución.

En efecto, la Constitución Nacional primero atribuye competencia a la Corte Suprema de Justicia en dos disposiciones, y en una disposición atribuye competencia a la Sala Constitucional —de la Corte—. El Art. 132 de la Constitución prescribe que la Corte Suprema de Justicia tiene

facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley. Y el Art. 259, en su inc. 5) coincide con el 132 al establecer que son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad. En cambio, el Art. 260 de la Constitución establece que son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, etc., y decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, etc. De modo que, por un lado, tenemos dos disposiciones que prescriben que es competencia de la Corte Suprema de Justicia conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad, y, por otro lado, una disposición que prescribe que es competencia de la Sala Constitucional de la Corte conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad.

Surge así la cuestión de decidir si es la Corte Suprema de Justicia en pleno la competente o es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la competente, porque nuestra Corte, como se sabe, está dividida en tres salas, una de las cuales es la Sala Constitucional, por expreso mandato de la Constitución.

La Ley N° 609/95 vino a establecer la coherencia entre tales disposiciones, al crear el mecanismo merced al cual cualquiera de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia puede pedir que la Corte resuelva la cuestión sometida a una Sala mediante decisión plenaria. Se puede solicitar, pues, que el pleno sea el que se pronuncie, de acuerdo con la ley citada, que es la que “Organiza la Corte Suprema de Justicia”. Esto equivale a una suerte de “ampliación de sala”, en el sentido de que cualquiera de ellas deberá integrarse con la totalidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia para resolver cualquier cuestión de su competencia, cuando lo solicite uno cualquiera de los Ministros de la Corte. La solicitud deberá formularse dentro de los tres días de ejecutoriada la providencia de Autos para resolver, y, una vez formulada, su cumplimiento será inmediato e inexcusable (Art. 16).

De este modo se ha operado una coherencia de normas que establecían competencias incompatibles, en el sentido de que, por un lado, la Sala Constitucional resuelve todas las cuestiones de inconstitucionalidad mientras no haya una solicitud para someter la cuestión al plenario. Y la intervención del plenario, para que se dé, puede y debe ser solicitada por un Ministro cualquiera de la Corte Suprema de Justicia.

Esto viene a dar respuesta a la cuestión respecto de si es la Corte la que tiene competencia o es la Sala Constitucional la que la tiene; dado que, como quedó señalado, la Constitución se refiere en dos disposiciones a la Corte como competente, y en una se refiere como tal a la Sala Constitucional. La manera de armonizar esas disposiciones la trajo, repetimos, la Ley N° 609/95, con la fórmula acuñada en su Art. 16.

Esta solución dada por la ley obedece al principio interpretativo según el cual debe buscarse la coherencia de las normas del sistema, dado que todo sistema jurídico debe ser coherente —además de completo y no redundante—. El legislador ordinario procedió en este caso de conformidad con ese principio y en virtud de la norma constitucional según la cual al legislar debe hacerlo interpretando la Constitución (Art. 202, inc. 2). Digamos en conclusión que, en primer lugar, como regla, la competencia la tiene la Sala Constitucional, y, eventualmente, como excepción, la tiene la Corte en pleno; justificándose así, jurídicamente, la existencia de la Sala Constitucional como sala especial. Sin embargo de lo cual debe señalarse que existen leyes que remiten el control de inconstitucionalidad directamente al pleno de la Corte Suprema de Justicia, como la Ley N° 1084/97 (Que Regula el Procedimiento Para el Enjuiciamiento y Remoción de Magistrados) en su Art. 33 y también la Ley N° 635/95 (Que Reglamenta la Justicia Electoral) en su Art. 70. Lo cual nos parece incuestionable porque el legislador común se remite en el caso a un órgano indudablemente competente, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución.

No está demás advertir que existen reglas que son limitativas de la facultad de control, de las cuales no podemos ocuparnos en esta ocasión.

Aclarado este punto crucial, estimamos que puede ser útil hacer en primer término un examen de la extensión o alcance que tiene la facultad de control en casos no suficientemente examinados, que pasamos a comentar.

TERCERA CUESTIÓN: El problema del control constitucional en el amparo

También en la garantía de amparo tiene interés la referencia al control de inconstitucionalidad, porque de acuerdo con nuestro derecho positivo a la Corte Suprema de Justicia se le asigna un papel especial en ese control.

El Art. 134 de la Constitución prescribe en su primer párrafo: Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. De este modo se introdujeron dos modificaciones al precepto equivalente de la Constitución de 1967, que prescribía: Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia a reclamar amparo. Aparte de que la redacción es casi una repetición textual de nuestra anterior Ley Fundamental, la primera modificación consiste en la exigencia de que, para dar lugar al amparo, el acto u omisión debe ser manifiestamente ilegítimo; con lo cual se introduce, lamentablemente, un factor favorable a la discusión interpretativa, en una garantía que en principio debería estar lo más libre posible de disidencias semánticas para facilitar al máximo su aplicación. Ahora se suma a la discusión

sobre el alcance del vocablo ilegítimo –que más o menos ha sido superada–, la discusión sobre el carácter manifiesto de la ilegitimidad del acto o la omisión –e inclusive la amenaza–. La segunda modificación reviste una importancia mayor: la Constitución de 1967, como puede comprobarse mediante la lectura del texto transcripto, atribuía expresamente competencia para entender en el amparo a cualquier Juez de Primera Instancia, mientras la nueva Constitución, de 1992, como también puede comprobarse con la lectura de su texto, se la atribuye simplemente al magistrado competente, sin establecer cuál es ese magistrado y, por consiguiente, dejando en manos del legislador común el decidirlo. Con lo cual se sustituye una competencia constitucional, por una competencia simplemente legal. Lo que se traduce en que aquella competencia –de espectro amplísimo– no podía ser modificada por el legislador común, mientras ahora depende enteramente de él, que, en consecuencia, hasta puede utilizarla para restringir la eficacia de la garantía.

Cabe todavía señalar otra innovación de suma importancia en lo que a esta garantía se refiere, si bien introducida a nivel de legislación ordinaria, no constitucional. Que es la que más interesa a los fines del control constitucional ejercido a través del amparo.

En atención a que el amparo está dado eventualmente para la protección de derechos o garantías constitucionales, en tal caso implica ineludiblemente un pedido explícito de declaración de inconstitucionalidad del acto lesivo, o de la omisión lesiva. El derecho o garantía que se sostiene haber sido afectado por un acto o por una omisión, o que se encuentra bajo el peligro inminente de serlo, exige una distinción, que se basa en la realizada por la propia Constitución: por un lado un acto, por otro lado una omisión, por otro lado un peligro inminente de violación. Obviamente lo primero que cabe decir es que en los dos primeros casos la lesión constitucional ya se ha consumado, mientras que en el tercer caso no se ha consumado todavía, pero existe el peligro inminente de que se consume. Lo cual hace que el amparo, en las dos primeras hipótesis, tenga por objeto reparar la lesión constitucional ya ocurrida, mientras en la tercera tenga por objeto evitarla.

En cuanto al acto manifiestamente ilegítimo corresponde aclarar que la palabra acto a nuestro criterio debe ser tomada en su acepción de acción –cualquiera sea su forma– y no de acto jurídico, porque tomarla en este sentido sería modificar arbitrariamente el texto constitucional y, en consecuencia, su alcance y su sentido. Lo que nos lleva a una distinción muy significativa: el acto –o acción– puede ser en sí mismo inconstitucional –y entonces se está frente a una inconstitucionalidad directa o inmediata– o puede ser violatorio de un derecho o garantía constitucional por fundarse en un instrumento normativo inconstitucional, como ser una ley, un decreto, un edicto, etc. –y entonces se está frente a una inconstitucionalidad indirecta o mediata–. En nuestra opinión el órgano jurisdiccional encargado de conceder el amparo debería ser competente para declarar la inconstitucionalidad en cualquiera de los dos casos, porque, sea directa o indirectamente, el acto sería inconstitucional y esto es lo que importa a la Constitución para que la garantía cumpla su finalidad. Naturalmente que en el segundo caso el juez tendría que declarar, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad del instrumento normativo en que se funda el acto.

Esto era así de acuerdo con el Art. 582 del Código Procesal Civil, que facultaba al juez a efectuar dicha declaración y, en caso de apelación, ésta se concedía “per saltum”, directamente a la Corte, respetando su competencia en materia de inconstitucionalidad. Pero si bien esto era así, ya no lo es cuando se trata de inconstitucionalidad indirecta de un acto, en virtud de la modificación introducida a dicho artículo por la Ley N° 600/95, que lo dejó redactado del siguiente modo: Si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el juez, una vez constatada (contestada) la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia. Esta modificación debe ser considerada

como derogatoria, dado que substituye íntegramente el texto de la norma original por otro texto, sin salvar parte alguna de aquél.

Es de notar que la norma modificatoria sólo menciona tres tipos de instrumentos normativos: la ley, el decreto y el reglamento, y no otros instrumentos normativos como la ordenanza, el edicto, la acordada, etc. Únicamente si se aplica la analogía, a pesar de su redacción literal, todo otro tipo de instrumento normativo no enunciado expresamente por ella también debe ser considerado como comprendido en sus términos. Y, por tanto, el juez del amparo no está facultado para declarar su inconstitucionalidad en caso de que el acto se funde en uno de esos instrumentos, aunque la finalidad del amparo sea la protección y restitución inmediata y enérgica de derechos fundamentales vulnerados.

Es sostenible que la intención del legislador común no fuese la de limitarse únicamente a los instrumentos normativos mencionados, sino la de abarcar todo tipo de instrumento normativo, si bien no lo hizo así. De todas maneras, hoy día debe concluirse que por lo menos en los casos contemplados por la norma modificatoria, el juez sólo está facultado para declarar la inconstitucionalidad directa del acto, cuando en sí mismo es contrario a la Constitución; pero no lo está cuando el acto se funda en uno de los tres instrumentos normativos enunciados por la ley y supuestamente afectado de inconstitucionalidad –inconstitucionalidad indirecta–. Si ejemplificamos el alcance de la modificación, debemos concluir que el juez puede, v. gr., conceder amparo si el Poder Ejecutivo impide las reuniones de los Directorios de los Partidos Políticos o clausura un periódico haciendo ocupar sus instalaciones por la Policía; pero no podría hacerlo si el Poder Ejecutivo dictara un Decreto que prohibiera las reuniones de los Directorios de los Partidos Políticos y las impidiera, o si clausurara un periódico e hiciera ocupar sus instalaciones por la Policía. En este caso tiene que someter a la Sala Constitucional de la Corte la inconstitucionalidad del instrumento normativo en que se funda el acto y aguardar la decisión de la Sala Constitucional para conceder o denegar el amparo. Es decir, entre paréntesis, debe someter el inciden-

te a uno de los órganos jurisdiccionales más morosos del Poder Judicial –sin imposición de plazo alguno para decidir– nada menos que en una garantía constitucional que tiene su fundamento en la urgencia.

El argumento que dio lugar a la modificación, presuntivamente, sería el de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de leyes u otros instrumentos normativos. Con lo cual resulta que el control de inconstitucionalidad en el amparo también viene a caer en la órbita de la competencia de la Corte, cuando se trata de inconstitucionalidad indirecta del acto, fundado en una ley, un decreto o un reglamento –ya que en esta hipótesis el nuevo artículo impide la concesión del amparo por parte del juez–, no de la directa. Si bien la Constitución, al otorgar amparo contra un acto que lesiona derechos o garantías constitucionales no distingue, y menos todavía exige, que se trate de acto directamente inconstitucional y no indirectamente inconstitucional para que tenga vida la garantía. Es más, la Constitución, en el segundo párrafo del mismo artículo agrega literalmente: El magistrado (que entiende en el amparo) tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Conviene señalar que hay antecedente en el sentido de que el juez del amparo resolvió la inconstitucionalidad obviando la vía incidental de someter la cuestión a la Corte, y, recurrida la sentencia, ésta fue confirmada por el Tribunal de Apelación. Planteada la inconstitucionalidad de las sentencias la Corte decidió –al parecer por razones prácticas– obviar la omisión cometida y entró directamente a la consideración del fondo (SD. N° 497/97). Lo cual complica todavía más el problema del control en el amparo, ya que a pesar de lo dispuesto por la ley modificatoria la Corte aceptó el pronunciamiento del juez y del Tribunal.

De todas maneras queda flotando una cuestión importante, cual es la conducta que debe asumir el juez si para resolver la acción de amparo fuese necesario decidir sobre la inconstitucionalidad de un instrumento normativo que no sea una ley, un decreto o un reglamento, sino de otro

tipo, no incluido en la ley modificatoria, como, por ejemplo, una ordenanza, un edicto, una acordada, una resolución ministerial, etc. Siendo así, puede sostenerse que, de acuerdo con la Constitución, no tiene la limitación que crea la ley modificatoria, dado que aquélla no distingue el origen del acto contrario a derechos o garantías constitucionales para declarar procedente el amparo, y la ley modificatoria no las incluye en su exigencia. Pero también puede sostenerse que por aplicación del argumento de analogía –como se dijo– el juez debe proceder del modo que la ley establece cuando la inconstitucionalidad proviene de una ley, decreto o reglamento. De esta manera el amparo ha venido a resultar una combinación de dos garantías constitucionales: el amparo mismo y la inconstitucionalidad. De modo que en el caso de violación indirecta de derechos o garantías constitucionales no es en realidad el juez el que resuelve el amparo, sino la Corte.

Respecto de la omisión el problema no se presenta, por la sencilla razón de que en tal caso no se requiere la declaración de inconstitucionalidad –expresa ni tácita– de instrumento normativo alguno. Basta la comprobación de que con la omisión se violó un derecho o garantía establecido por la Constitución, que acarrea efectos jurídicos perjudiciales para el afectado. De modo que no se ve razón alguna para que la Corte Suprema de Justicia ejerza el control de inconstitucionalidad en este caso.

Así llegamos al punto de decir que si no se acepta que el juez tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad directa de un acto contrario a derechos o garantías constitucionales, o la omisión inconstitucional de un acto, entonces el amparo deja de ser una garantía autónoma y su consagración como tal pierde gran parte de su sentido, en verdad el principal. Queda limitado sólo a los casos de lesión de derechos o garantías legales.

En cuanto al peligro inminente resulta inexcusable una distinción: al considerar el pedido de amparo ante el peligro inminente de un acto en sí mismo inconstitucional, parece necesario que el juez deba conce-

derlo –previa comprobación de la existencia del peligro inminente–, pero no así cuando el peligro provenga de un acto basado en alguno de los instrumentos normativos incluidos en la norma modificatoria del Art. 582 del Código Procesal Civil –ley, decreto o reglamento–, sin la previa declaración de inconstitucionalidad por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dada la incompatibilidad absoluta entre el peligro inminente y la obligatoria remisión a la Sala Constitucional de la Corte para que decida sobre la inconstitucionalidad del instrumento en que se funda el acto inminentemente peligroso, o la omisión, el amparo resulta inane en estos casos. En otras palabras, si el peligro es inminente el trámite incidental resulta frustrante.

Surgen también otras dos cuestiones adicionales que plantea la Ley N° 600/95. La primera se da porque ella atribuye directamente competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para entender en los casos que prevé. Pero la Ley N° 609/95, Que Organiza la Corte Suprema de Justicia, según se ha visto, faculta a cualquier Ministro de la Corte a pedir que la cuestión constitucional sea sometida al plenario. Dado que la Ley N° 609/95 (promulgada el 23 de junio de ese año) es posterior a la Ley N° 600/95 (promulgada el 16 de junio de ese año) debe concluirse que aquélla prima sobre ésta por aplicación del principio de la *lex posterior*. Por tanto, a pesar de la remisión directa a la Sala Constitucional, la cuestión puede ser sometida al pleno de la Corte. La otra cuestión adicional que dejó sin resolver la Ley N° 600/95, a pesar de su importancia, es la referida al órgano competente para entender en la apelación de la sentencia de Primera Instancia recaída en el amparo. El Art. 582 del Código Procesal Civil establecía expresamente que la apelación debía concederse *per saltum*, cuando se trataba de inconstitucionalidad indirecta, que forzaba a declarar inconstitucional el instrumento normativo que servía de fundamento al acto. El objeto era que entendiese en el recurso la Corte Suprema de Justicia, respetando la competencia de ésta en materia constitucional y la incompetencia de los Tribunales de Apelación. La ley modificatoria ha producido una laguna

o vacío legal al respecto, que opinamos debe ser llenado adoptando la solución que consagraba el Código Procesal Civil. La otra posibilidad –más razonable– consistiría en tener por eliminada la apelación, atendiendo al hecho de que la Corte ya se habría pronunciado sobre la inconstitucionalidad indirecta del acto y, por tanto, el recurso para nada serviría. En cuyo caso el amparo se convertiría en un juicio de única instancia resuelto por la Corte, aunque aparentemente sometido a la competencia de un juez.

CUARTA CUESTIÓN: El control constitucional en la casación penal

El Código Procesal Penal reglamenta el recurso de casación en su Art. 478: El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) ...; 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados. Lo primero que hay que establecer es que el recurso de casación es precisamente eso: un recurso, si bien está calificado como extraordinario. En tanto que la inconstitucionalidad, en nuestro derecho, no es un recurso, sino que asume las formas de una acción o de una excepción. Lo que constituye una diferencia muy importante entre los dos tipos de instituciones. No hay recurso de inconstitucionalidad; o hay excepción de inconstitucionalidad, o hay acción de inconstitucionalidad. En tanto que sí hay recurso de casación, siquiera en materia penal; aunque podría haberlo también en materia civil, porque la Constitución lo autoriza (Art. 259,6). El recurso de casación en lo penal –como es propio de todo recurso– no faculta a impugnar leyes u otros instrumentos normativos, sino sólo sentencias. Pero existe una vinculación con la inconstitucionalidad, que nace de la circunstancia de que ciertas sentencias penales, como son las que imponen una pena privativa de libertad mayor de diez años, pueden

ser atacadas bajo la alegación de la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional, según los términos del artículo transcrito. Esta norma convierte, así, a la Sala Penal en sala competente para pronunciarse sobre materia constitucional, en cuanto hay en la sentencia inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional. Resulta discutible la constitucionalidad de esta competencia, que por disposiciones expresas de la propia Constitución está reservada a la Sala Constitucional y a la Corte en pleno. Estimo que cuando la casación se funda en esta causal, la Sala Penal debería someter la decisión a la Corte en pleno, en virtud de lo establecido en el Art. 16 de la Ley N° 609/95.

Al transcribir más arriba el Art. 478 del Código Procesal Penal también destacamos que su inciso 3) declara procedente la casación penal cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados. A esta altura la Corte tiene firmemente consagrada la doctrina de la sentencia inconstitucional por arbitrariedad y precisamente entre las causales de inconstitucionalidad por arbitrariedad ha establecido que la sentencia o el auto sea manifiestamente infundado. De modo que una sentencia o un auto que padezca tal vicio debe ser considerado inconstitucional. Lo que también da pie a cuestionar la competencia de la Sala Penal para entender en los casos en que la causal invocada en la casación sea la examinada. Si bien no se estaría ante la violación de una norma de competencia constitucional, sino de una jurisprudencia discutiblemente vinculante.

Quizás podría argüirse a favor de la competencia de la Sala Penal, en los dos casos, que ella es parte de la Corte Suprema de Justicia, y que, como tal, tiene competencia en materia constitucional. Aunque el argumento parece desvanecerse precisamente al reconocer que la Sala Penal sólo es parte de la Corte Suprema de Justicia –dividida en tres salas–, pero no es la Corte Suprema de Justicia, a quien está atribuida la competencia. Y, por otro lado, también cabe recordar que la propia Constitución instituyó una Sala específicamente competente para entender en materia constitucional. El argumento se debilita aún más, en nuestra

opinión, si se plantea la hipótesis de que al dictarse una ley de casación civil también se le conceda a la Sala Civil facultad para declarar la inconstitucionalidad de sentencias. En definitiva, las tres Salas resultarían competentes para tal declaración, anulándose de esta manera la especialidad instituida en la materia por la Constitución.

En nuestra opinión en los casos previstos –sobre todo el primero– el afectado puede recurrir, de acuerdo con la ortodoxia constitucional, a la acción de inconstitucionalidad para atacar la sentencia, con fundamento en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional, o para atacar una sentencia o auto manifiestamente infundado. La competencia de la Sala Constitucional de la Corte es una competencia constitucionalmente atribuida, mientras la competencia atribuida a la Sala Penal lo es solamente por una ley ordinaria, que excepción a la Constitución.

QUINTA CUESTIÓN: El problema del control en la aplicación e inteligencia de cláusula constitucional

Claro está que los órganos jurisdiccionales, cualquiera sea su jerarquía, se hallan facultados para la aplicación directa de una norma constitucional operativa. Modo, por lo demás, de dar satisfacción a la exigencia del Art. 256 de la Constitución, que les manda fundar su sentencia en la Constitución y en la ley. Además, en el Art. 247, cuyo primer párrafo prescribe: El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. Y cuyo segundo párrafo prescribe: La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley. No me imagino, por ejemplo, que un juez vacile en aplicar la ley más favorable al encausado o al condenado, entre dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia, en virtud de lo dispuesto por el Art. 14 de la Constitución Nacional. Solamente se requiere el sometimiento oficioso a la Corte cuando una

norma ordinaria aplicable a la solución del litigio se opone a una norma constitucional, porque los magistrados inferiores no están facultados para declarar la inconstitucionalidad del precepto ordinario, que es problema vinculado a la génesis de la sentencia, que debe ser previamente dilucidado por el órgano competente.

Lo que lleva a preguntar si están facultados los tribunales inferiores a interpretar normas de la Constitución. O sea, no a aplicarlas, sino a establecer su alcance y sentido, cuando se suscita en torno de ellas una cuestión de inteligencia, decisiva para la suerte de la pretensión, por constituir el fundamento de la acción o la excepción. En suma, ¿es la cuestión de inteligencia una cuestión constitucional?

En nuestra opinión si lo es. Pues tampoco me imagino que un juez someta a previa interpretación de la Corte cuándo un acto es ilegítimo, y todavía cuándo es manifiestamente ilegítimo, para conceder o denegar un amparo, que son condiciones que la Constitución exige (C.N. Art. 134).

De todas maneras resulta importante elucidar el concepto de cuestión constitucional a los efectos de la competencia. Cuestión, procesalmente hablando, es todo asunto, incidente o punto controvertido en juicio. En este sentido se usa la expresión, por ejemplo, en el art. 49 inc. a) del Código de Organización Judicial, que dice: No pueden comprometerse en juicio de árbitros o arbitradores, bajo pena de nulidad: a) las cuestiones que versan sobre el estado civil y capacidad de las personas, etc.. Más precisamente, según Carnelutti,[3] es todo punto dubbio, de hecho o de derecho, acerca de un fundamento del litigio que, dada su importancia, puede decidir la suerte del mismo. Por donde cuestión constitucional viene a ser, no sólo una controversia sobre la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento y su inaplicabilidad, sino también un punto dudoso en materia constitucional, que afecta de tal modo la controversia que puede decidir su suerte.

Esta forma de cuestión constitucional es la que se conoce con el nombre de “inteligencia de cláusula constitucional”, es decir, de una

norma de la propia Constitución. En efecto, cuando se controvierte la interpretación de una de sus normas, lo que se hace es discutir substancialmente el alcance y sentido que tiene, con el objeto de determinar con qué alcance y sentido debe ser aplicada. En nuestro sistema anterior tal sentido y alcance no podía ser establecido sino por la Corte Suprema de Justicia, porque ella estaba constituida en intérprete exclusiva en la materia, no sólo en intérprete final.

Bajo el sistema vigente, consagrado por la Constitución de 1992, creemos que establecer la inteligencia de una cláusula constitucional dejó de ser de competencia exclusiva de la Corte, para ser de competencia de todos los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial, en virtud de lo dispuesto por su Art. 247, ya citado y reproducido. El mismo prescribe en su primer párrafo: El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. Y en su segundo párrafo prescribe: La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley. Del texto de ambos párrafos surge que la interpretación constitucional es una atribución, facultad o competencia de todo el Poder Judicial, y que éste no está integrado solamente por la Corte Suprema de Justicia sino, además, por los tribunales y juzgados. Sin distorsionar el texto constitucional resulta muy discutible negarle a los tribunales y jueces esa facultad.

Durante la vigencia de la Constitución de 1967, dado su silencio sobre el particular, dos posiciones opuestas adoptaron los propios tribunales al respecto: unos se consideraron incompetentes para interpretar la Constitución, mientras otros, al contrario, se consideraron competentes para hacerlo. La corte fue partidaria del primer criterio.

Hoy día, bajo la vigencia de la Constitución de 1992, como dejamos dicho, la cuestión quedó resuelta, y quedó resuelta en el sentido apuntado: a favor de la competencia de todos los órganos jurisdiccionales para hacer la interpretación de la Constitución, como integrantes del Poder

Judicial. O sea que la facultad de control es compartida en este caso por la Corte Suprema de Justicia con los demás órganos jurisdiccionales.

SEXTA CUESTIÓN: El control de inconstitucionalidad por violación de derechos o garantías no enunciados

El Art. 45 de la Constitución Nacional dispone: *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.* Es el caso, pues, de preguntarse si se puede dar la inconstitucionalidad por violación de un derecho o garantía no enunciado en la Constitución, ya que ésta parte del reconocimiento de su existencia. Desde ya adelantamos que en nuestra opinión se trata de derechos o garantías tácitos contenidos en la propia Constitución, y no de derechos o garantías consagrados por algún otro instrumento normativo que integra el derecho positivo nacional, o de derechos o garantías inspirados en el derecho consuetudinario —que sería el paradigma de los derechos implícitos—. Tal conclusión surge del texto de la norma.

Otras Constituciones consagran normas parecidas, como la de los Estados Unidos, cuya Enmienda IX dispone que la enumeración de ciertos derechos que se hace en esa Constitución *no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo*: o como la argentina, que se refiere a *los que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Art. 33)*, o como la peruana, según la cual *no excluyen los... que derivan de la dignidad humana (Art. 4º)*.

También la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos” o “Pacto de San José de Costa Rica” —convertido en derecho positivo nacional por Ley Nº 1/90— establece: *ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de... c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (Art. 20)*.

La coincidencia es absoluta en cuanto al reconocimiento de derechos o garantías no enunciados, pero, si bien existe una innegable similitud entre las fórmulas usadas, no puede dejar de señalarse la remisión a criterios que no son iguales y hasta puede afirmarse que son completamente diferentes. Nuestra Constitución se remite a derechos o garantías *inherentes a la personalidad humana*, mientras la de los Estados Unidos se remite a *otros derechos que pertenecen al pueblo*; la argentina se remite a *los que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*; la peruana se remite a los *que derivan de la dignidad humana* y el “Pacto de San José de Costa Rica” a los *que son inherentes al ser humano*.

En los cinco casos las normas se remiten a criterios diferentes, y la que más se aproxima a la nuestra en su texto es la del “Pacto de San José de Costa Rica”, por referirse al *ser humano*, cuando el nuestro se refiere a la *personalidad humana*; si bien no se trata de conceptos lingüística ni jurídicamente iguales o sinónimos. Como el “Pacto” es parte de nuestro derecho positivo, opinamos que debe privar el texto de nuestra Constitución, en virtud del principio de supremacía ya enunciado y como consecuencia del sistema monista adoptado por ella.

De acuerdo con los términos de nuestra Constitución, obviamente la primera pregunta que surge es cuáles son esos derechos o garantías que se reconoce como existentes, pero que no se encuentran enunciados. Refiriéndose a los constitucionalistas, Carlos Ernst dice que, puestos en la tarea de exponer sobre la cuestión que plantean, si lo que procuran es encontrar algún criterio que opere como herramienta de identificación, alguna mínima construcción teórica que explique y justifique esta particular clase de derecho, la orfandad es casi completa².

La segunda pregunta que surge es con qué método se cuenta para determinarlos, dado que la única referencia que hace la norma es que

2. Ernst, Carlos, *Los derechos implícitos*, MARCOS LERNER EDITORA, Córdoba, Argentina, 1994.

deben ser *inherentes a la personalidad humana*. Lo cual excluye a la persona jurídica y lleva a la necesidad de establecer el significado de *personalidad*, que en una primera definición, amplia, es *el conjunto de caracteres y condiciones individuales que distinguen a una persona y la diferencian de otras*, mientras, en una acepción restringida, adaptada al punto de vista jurídico, se la define como *la aptitud legal para ser sujeto de derecho*. Que, sin perjuicio de su carácter escueto, sería –esta última– la que tendría que aceptarse para interpretar la cláusula constitucional.

Por el uso del plural –*derechos*– se debe concluir que la norma alude a derechos subjetivos, que, por tanto, serían aquellas facultades o potestades que una persona puede ejercer frente al Estado o a las demás personas, o, si se quiere, la pretensión jurídicamente válida que alguien puede interponer frente a la conducta ajena. La existencia de tales *derechos* nos fuerza a admitir desde ya la existencia simultánea de *normas* en las cuales se sustentarían. Parecido razonamiento es dable usar respecto de las *garantías*, que también, debido a la redacción del artículo, deben ser tomadas en su sentido amplio –obviamente porque las garantías en sentido estricto ya están establecidas por la Constitución en sus artículos 132, 133, 134 y 135–.

Con tales elementos de juicio o caracterización de los derechos y garantías no enunciados, el intérprete debe ser capaz de develar cuáles son esos derechos y garantías.

Sin perjuicio de la dificultad para individualizar las normas que consagran derechos implícitos, la tarea se ve relativamente facilitada si aceptamos –como parece inevitable– que un sistema jurídico está compuesto por normas explícitas y por un conjunto de normas implícitas derivadas o inferidas de aquéllas. Así, pues, los tres parámetros que servirían de guía al intérprete serían: que las normas que consagran derechos o garantías implícitos tienen que ser reveladas a través de normas explícitas; que deben favorecer a un sujeto de derecho y que tengan jerarquía constitucional para que su violación pueda dar lugar a

la inconstitucionalidad. Lo que no obsta al reconocimiento de otros derechos o garantías implícitos derivados de instrumentos normativos de inferior categoría, cuya violación, sin embargo, no asume jerarquía constitucional. En suma, los derechos o garantías implícitos, para que tengan rango constitucional deben ser deducidos de una norma constitucional, de la conjugación de varias normas constitucionales o del propio sistema constitucional íntegro. Tal interpretación coincidiría incluso con el significado corriente que se le da a la expresión *implícito* para hacer referencia a algo que –sin decirlo– se encuentra incluido en otra cosa o estado de cosas, que, en la esfera del derecho constitucional sería en alguna norma, en algunas normas o en todo el sistema de normas constitucionales.

Un ejemplo, entre muchos, de derecho implícito de naturaleza constitucional se puede tomar del Art. 228, inc. 2) de la Constitución, que prescribe:

Para ser Presidente de la República (...) se requiere haber cumplido treinta y cinco años.

Si la norma exige *haber cumplido* treinta y cinco años para ser Presidente de la República, de ella se deriva o deduce una norma que prohíbe ser Presidente de la República a quien no ha alcanzado esa edad (**a contrario sensu**), y otra norma que permite ser Presidente de la República a quien ha sobrepasado esa edad (**a fortiori**). La conclusión parece trivial, pero no lo es si se tiene presente la importancia del derecho en juego y la necesidad de su extracción lógico-jurídica.

Un ejemplo de *garantía* constitucional implícita sería la del **debi-do proceso**, que no está expresamente consagrada en la Constitución. Su existencia deriva de la conjunción de varias normas de la misma, principalmente de carácter procesal. Tales serían, entre otros, los artículos 9, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 23, 31, 131, 133, 174, 248 y 256 de la Constitución.

En suma, los derechos y garantías implícitos, para que tengan rango constitucional, deben ser deducidos de alguna norma constitucional

explícita, de la conjugación de un conjunto de normas constitucionales también explícitas o del propio sistema constitucional.

En el caso concreto de nuestra Constitución no se puede dejar en silencio la preocupación que produce la existencia de otros derechos o garantías que deberían considerarse implícitos en ella y que, sin embargo, no están amparados por su Art. 45. Y ello debido a que no se vinculan directamente con la *personalidad humana*, como exige su texto. Tales son, por ejemplo, el **principio de legalidad**, que no está expresamente establecido o enunciado, y la **garantía de independencia** de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, omitida en el Art. 3º de la Constitución, y explícita sólo a favor del Poder Judicial en su Art. 248. También podría incluirse la garantía básica del **Estado de Derecho**, que no está expresamente enunciada pero debería entenderse que surge del sistema total de normas constitucionales, en virtud de las cuales el propio Estado se somete al imperio de la Constitución.

Finalmente, en nuestra opinión, se puede concluir que es admisible la acción de inconstitucionalidad en el caso de violación de algún derecho o garantía no enunciado en la Constitución, pero cuya existencia pueda deducirse de alguna norma de la misma, de un conjunto de normas pertenecientes a ella o del propio sistema constitucional, bajo condición de que sea inherente a la personalidad humana.

SÉPTIMA CUESTIÓN: El control de inconstitucionalidad por violación de norma programática

Es importante preguntar si cabe la violación de una norma meramente programática de la Constitución Nacional y, en consecuencia, si puede dar origen al control de inconstitucionalidad. Pensamos que sí, porque también este tipo de norma tiene validez –forma parte del sistema– y por tanto las leyes y toda clase de instrumento normativo, así como todo acto u omisión, deben respetar el programa que la Constitución enuncia, para ser realizado a largo, a mediano o a corto plazo.

El incumplimiento de ese programa genera ante la nación responsabilidad política del Poder omiso, por una parte, y, por otra parte, facultada a la Corte Suprema de Justicia a juzgar la realización o la omisión de cualquier acto, si su realización o su omisión produce efectos inconstitucionales. Pues el incumplimiento del deber impuesto por la norma programática no pierde tal carácter respecto del órgano responsable, aunque en principio éste pueda decidir sobre la oportunidad y forma de su ejecución en los casos de ejercicio facultativo de su competencia. Por supuesto, la Corte Suprema de Justicia no puede pronunciarse sobre la conducta del órgano y enjuiciarla, sino sobre la inconstitucionalidad del acto o de la omisión, en consonancia con el respeto al programa enunciado. En suma, la norma programática puede ser violada por acción – acto no normativo o acto normativo– o por omisión.

Así, pues, si se da el caso de un instrumento normativo violatorio de una norma programática –sea al legislar sobre cualquier materia independiente o al poner en ejecución el programa mismo–, es dable atacarlo de inconstitucionalidad, desde que se trata de un acto sujeto a control. Tal ocurriría, por ejemplo, en el caso del art. 7º de la Constitución, que previene:

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

Por tanto, una ley u otro instrumento normativo que, por ejemplo, perjudicara la preservación o conservación del ambiente sería violatorio de la norma programática y, en consecuencia, inconstitucional.

Si la norma creara el derecho a reclamar medidas de carácter programático, con mayor razón admitiría la exigencia de su cumplimiento contra las autoridades del Estado y, por tanto, procedería el control de inconstitucionalidad por omisión. Así, por ejemplo, en el caso del Art. 38 de la Constitución, que prescribe: ***Toda persona tiene derecho***

a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del habitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo. En este caso la violación puede producirse por un acto no normativo –como causar la polución de un arroyo–, por acto normativo –contrario a los intereses del consumidor– o por omisión –falta de defensa de la salubridad pública–.

En suma, la violación de una norma programática a través de un acto, de una ley u otro instrumento normativo, como también por omisión de actos constitucionalmente valorados, dan lugar al control de inconstitucionalidad.

Por supuesto, no siempre la cuestión será clara y en caso de duda deberá estarse por la legitimidad de la ley o del instrumento, o a favor de la omisión, dado que la forma de llevar a cabo el programa de que se trate está protegido por el principio de independencia de los Poderes, por un lado, y, por otro lado, también lo está por el principio de legalidad, que limita las facultades de todo órgano estatal –v. gr. la Corte Suprema de Justicia– de manera exclusiva a aquellas que la Constitución expresamente le ha concedido. Decimos que no siempre la cuestión será clara, sobre todo porque, entre otras cosas, presenta graves dificultades establecer de modo indudable cuándo una norma es programática u operativa, que es distinción que muchos autores discuten e inclusive llegan a negar.

Quizás por eso valga la pena dedicarle algunas observaciones.

Digamos que, simplificando al máximo, la norma programática es aquella que declara lo que el Estado se propone hacer en alguna materia. La futuridad es, pues, un elemento esencial de su carácter, porque se efectivizan mediante otros actos –normativos o no– que deben ser realizados en concordancia con su finalidad. De lo cual pueden sacarse algunas conclusiones: (1) El cumplimiento del programa está funda-

mentalmente a cargo del Estado, como parte de su política pública. (2) Aunque la norma programática no establece plazos ni procedimientos, ni designa órganos específicos a los cuales se encomienda su ejecución, es razonable concluir que queda a cargo de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y, principalmente, del primero, por ser el Poder Administrador; si bien hay autores que opinan precisamente lo contrario, porque parten de la base de que las normas programáticas son normas incompletas, que dependen de un nuevo acto normativo emanado del legislador ordinario (3) Desde luego que si la norma asume la redacción de una norma operativa, aunque esencialmente sea programática, admite el reclamo de su cumplimiento a las autoridades del Estado y, por tanto, el control de inconstitucionalidad, como ocurre, por ejemplo en el caso del Art. 54 de la Constitución, que prescribe: *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.* (4) En ocasiones la norma programática enfrenta a la Constitución con la realidad, proponiendo un programa de tan difícil realización, que la vuelve de cumplimiento imposible, aunque hubiese sido concebida como norma operativa. Tal ocurre en el caso que acabamos de citar, que a guisa de comentario merece la referencia de que diariamente mueren en nuestro país cinco niños menores de nueve años, por falta de atención médico-hospitalaria. Así también ocurre en el caso del Art. 68, párrafo 2 de la Constitución: *Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades...* *E igual cosa* ocurre en el caso del Art. 57 de la Constitución: *Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio.*

Conviene dejar en claro que la facultad de control de inconstitucionalidad respecto de normas programáticas debe ser usada por la Corte Suprema de Justicia con la máxima sujeción al principio de independencia de los Poderes, para que los demás Poderes no queden supeditados al Judicial con mengua del equilibrio exigido por la propia Constitución. Sólo debe ser usada con el objeto de que los actos legislativos y ejecutivos o su omisión estén dentro del marco de vigencia de la Constitución.

También conviene dejar en claro que el control no puede ir más allá que la declaración de inconstitucionalidad, ya que la Corte no está facultada para pronunciar sentencias de condena; como se explicó al tratar el alcance de la facultad de control en el amparo. Si se recurriera a esta garantía en demanda de reparación del agravio por el incumplimiento de la obligación constitucional, con el objeto de obtener una sentencia de condena, deberá tenerse en cuenta lo dicho al tratar la Tercera Cuestión y la Cuestión anterior.

OCTAVA CUESTIÓN: Control de inconstitucionalidad por omisión de un acto constitucionalmente prescripto

Este párrafo se relaciona muy estrechamente con el anterior y con el que trata del control constitucional en el amparo, que es circunstancia que debe tenerse presente, porque existe entre ellos casi una interdependencia.

No hace mucho tiempo que la doctrina se ha ocupado del problema de la omisión constitucional, aunque lo ha hecho desde el punto de vista del silencio normativo del legislador que no cumple con el mandato constitucional de dictar la ley, ocasionando con su silencio consecuencias jurídicas contrarias a la Constitución. Algunos autores denominan *quiescencia* a esta conducta, teniendo en cuenta que el órgano es competente y sin embargo omite ejercer su competencia. También algunas Constituciones –como la brasileña– han dado cabida y solución a este

problema, que consiste en reconocerle al interesado, en caso de que el silencio del legislador se prolongue más allá de lo razonable, la facultad de reclamar al Poder Judicial el libramiento de un *mandato de ejecución*, para que dentro de cierto plazo aquél cubra su omisión. Si así no lo hace, el Tribunal queda facultado a llenar la laguna, únicamente con efecto para el caso particular. Esta cuestión fue discutida en la Convención de 1992, la cual resolvió no incorporar el instituto. De modo que debe concluirse que en nuestro derecho constitucional el mismo está desahuciado.

Lo que me interesa señalar es que generalmente la doctrina no se ha ocupado del problema más amplio de la omisión de cualquier acto –no normativo– que una autoridad constitucionalmente competente está obligada a ejecutar, causando también con su omisión consecuencias jurídicas relevantes contrarias a la Constitución. Tal es la cuestión que ahora me propongo plantear.

Para que haya omisión inconstitucional el acto omitido no debe ser de aquellos que la autoridad ha de ejecutar si y sólo si ella lo decide –para lo cual el legislador constituyente generalmente recurre a una fórmula facultativa mediante el uso del verbo “poder”–, sino de aquellos que tiene el deber constitucional de ejecutar, sea explícita o implícitamente establecido. La omisión debe ser tal que venga a producir la pérdida de vigencia de una norma constitucional, no permitiendo la existencia de una situación jurídica impuesta por la norma. Por ejemplo, cuando el órgano competente omite tomar el juramento constitucionalmente exigido a quien fue electo para ejercer un cargo determinado.

No parece difícil admitir que la omisión de un acto al cual la Constitución obliga, pueda ser calificada como inconstitucional. Y, en consecuencia, tampoco parece difícil admitir que a la Corte Suprema de Justicia –competente en materia constitucional– se la pueda considerar facultada para hacer la correspondiente declaración. El problema, como señalaremos enseguida, se presenta precisamente por causa del carácter puramente declarativo que tiene la sentencia de inconstitucionalidad que dicta la Corte.

Sabemos que hay tres tipos de sentencias: la sentencia declarativa o de mera declaración de certeza de un derecho; la sentencia constitutiva y la sentencia de condena. En materia de inconstitucionalidad, la sentencia es puramente declarativa. Lo que hace la Corte es declarar la inconstitucionalidad de una norma y la consiguiente inaplicabilidad de esa norma declarada inconstitucional. Pero, obviamente, no puede declarar la inaplicabilidad de una omisión. Y no puede establecer condenas, ordenando la ejecución del acto omitido. Resumiendo: la Corte no puede ordenar la realización del acto omitido, sino declarar la inconstitucionalidad de su omisión. Y, entonces, la sentencia carece de eficacia.

Corregir la omisión ilegítima de un acto que acarrea violación de una garantía o de un derecho constitucionalmente consagrado, parece en nuestro ordenamiento jurídico más propio de la garantía de amparo. Pues en el amparo la omisión ilegítima de un acto funciona como condición para que se aplique la norma que activa la garantía. El fundamento radica en que la omisión no puede suspender la vigencia de una norma constitucional, impidiendo que se produzca la situación jurídica impuesta precisamente por la norma constitucional.

En efecto, la Constitución contempla expresamente, en su Art. 134, el supuesto de la omisión como causal de procedencia del amparo. Dicho artículo prescribe: ***Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente.***

En plena consonancia con la Constitución y haciendo efectiva la garantía, el Cód. Pr. Civ. establece en su Art. 578: ***Contenido de la sentencia. La sentencia que conceda el amparo deberá contener: a) la designación de la autoridad, ente o persona contra cuyo acto, omi-***

sión o amenaza se concede el amparo; b) la determinación precisa de lo que debe hacerse o no hacerse; c) la orden para el cumplimiento inmediato de lo resuelto.

No necesita comentario que la omisión ilegítima de un acto que afecta un derecho o garantía constitucional da lugar al amparo y que la sentencia dictada en el mismo es una sentencia de condena, desde que ordena la realización del acto omitido.

Negar la procedencia del amparo cuando se trata de proteger derechos o garantías constitucionales —so pretexto de que la declaración de inconstitucionalidad es competencia exclusiva de la Corte—, es amputar gravemente la finalidad expresa del instituto e ir contra la Constitución, ya que es la Constitución misma la que atribuye esa competencia al juez del amparo. Además, es ignorar que el amparo ha nacido con la finalidad de proteger derechos y garantías constitucionales, y sólo secundariamente legales. Tal surge también del texto de nuestra Constitución, que en primer término se refiere a derechos y garantías consagrados por ella y, en segundo término, a los consagrados por la ley. Por otra parte, como ya se ha dicho, cuando se promueve el amparo para reparar las consecuencias inconstitucionales de una omisión, el juez tiene competencia para resolverlo, sin necesidad de remitir la cuestión a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, porque no afecta su competencia la modificación de que ha sido objeto el Art. 582 del Código Procesal Civil —limitada a la declaración de inconstitucionalidad de ciertos instrumentos normativos—. En este caso el control de inconstitucionalidad se desplaza al juez.

Lo que sí cabe advertir es que el órgano jurisdiccional no puede suplir al órgano que incumple el acto, realizándolo en sustitución suya —bajo pena de violar eventualmente la independencia de poderes—, si bien puede ordenar lo que debe hacerse, fijando un plazo determinado, bajo apercibimiento de tener por realizado el acto en caso de incumplimiento.

Por razones de espacio quedan fuera de tratamiento otras cuestiones de elevado interés, vinculadas con el control de inconstitucionalidad.

dad, como ser las que se refieren al control en las cuestiones políticas (*political question*), en las cuestiones no justiciables y otras más.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Bs. As, Argentina, 1986.
- Bulygin, Eugenio y Mendonça, Daniel. *Normas y Sistemas Normativos*,
- MARCIAL PONS, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, 2005.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, EJEJA, Bs. As., Argentina, 5ª Edic., Traduc. S. Sentís Melendo, 1959.
- Casiello, Juan, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Argentina, 1954.
- Da Silva, José Alfonso, *Do Recurso Extraordinario no Direto Processual Brasileiro*, São Paulo, Brasil, 1963.
- Ernst, Carlos, *Los Derechos Implícitos*, MARCOS LERNER EDITORA, Córdoba, Argentina, 1994.
- Ghigliani, V., *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*, DEPALMA, Bs. As., 1952.
- Lazzarini, José Luis, *El Juicio de Amparo*, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- Mendonça, Daniel, *Análisis Constitucional. Una Introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2ª Edic., Colombia, 2008.
- Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, MARCIAL PONS, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, 2004.
- Mendonça, Juan Carlos, *Inconstitucionalidad. Aspectos Procesales*, EL FORO, Asunción, Paraguay, 1983.
- , *Sentencia Inconstitucional por Arbitrariedad*, EDITORA LITOCOLOR, Asunción, Paraguay, 1991.
- , *Cuestiones Constitucionales*, EDITORA LITOCOLOR, Asunción, Paraguay, 2007.

- , *La Garantía de Inconstitucionalidad*, EDITORA LITOCOLOR, Asunción, Paraguay, 2000.
- Sagiés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, ASTREA, Buenos Aires, 2004.
 - Sosa, Enrique, *La Acción de Amparo. Derecho Paraguayo y Comparado*, LA LEY, Asunción, Paraguay, 1988.
 - Wisanski Jr., Carlos, *Reflexiones de un Juez*, México, 1967.