

# Leyes dormidas: El amparo como remedio eficaz en materia de derechos humanos

Sleeping Laws: Amparo as an effective human rights remedy

JOAQUÍN PABLO RECA<sup>6</sup>

**Resumen:** El autor examina la idoneidad del procedimiento de amparo para la tutela contra la omisión reglamentaria en materia de derechos humanos. Ilustra, a través de diversas decisiones judiciales, cómo la acción de amparo resulta un instrumento apropiado para hacer efectiva la reglamentación de normas constitucionales y legales, cuya falta impide la plena operatividad de derechos fundamentales.

**Palabras Clave:** Derechos humanos; operatividad; acción de amparo; inconstitucionalidad por omisión.

**Abstract:** The paper analyzes the suitability of the amparo proceedings to guarantee the protection of human rights against the State's omission to regulate the implementation of a right. Through the analysis of various judicial decisions, the author illustrates how the amparo is an appropriate tool to enforce constitutional and legal norms, whose lack of implementation prevents the full operativity of fundamental rights.

**Keywords:** Human rights; implementation; *amparo* proceedings..

Artículo recibido: 02.03.2019 Aceptado: 22.06.2019

---

6 Abogado (Universidad Nacional de La Plata), Máster en Derechos Humanos (en curso) (Universidad Nacional de La Plata). Abogado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Colaborador en la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

## Sumario

1. **Introducción**
2. **Presunciones en el campo de los derechos humanos: su operatividad**
  - 2.1. **El derecho humano a la vivienda y la “operatividad derivada”**
3. **La inconstitucionalidad por omisión y el activismo judicial**
4. **El amparo y la acción de inconstitucionalidad**
  - 4.1. **Casos jurisprudenciales en la materia**
    - a) **CSJN**
    - b) **Provincia de Buenos Aires**
    - c) **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**
5. **Conclusión**
6. **Bibliografía**
7. **Ápndice jurisprudencial**

### 1. Introducción

El instituto del amparo ha venido creciendo en su importancia como vía de protección en materia de derechos humanos, particularmente frente a conductas omisivas de las autoridades públicas y, a su vez, dentro de éstas, a las referidas a la emanación de preceptivas reglamentarias, aspecto que también es analizado en la doctrina y jurisprudencia como “inconstitucionalidad por omisión”, y que se puede presentar en distintos niveles de la creación de las normas generales, alcanzando en algunos supuestos al Poder Legislativo y, en otros, al Poder Ejecutivo.

Es por ello que, cuando se produce una afectación en el goce o ejercicio de derechos fundamentales que se ocasiona por la imposibilidad de acceder a prestaciones o beneficios o derechos reconocidos pero cuya satisfacción requiere de forma impescindible que exista un desarrollo nor-

mativo, es en ese momento donde opera la trascendencia del amparo en nuestra jurisprudencia nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -aunque con distintos desarrollos en cada jurisdicción- para revertir esa situación, pudiendo ello suceder tanto en la modalidad del amparo individual, como así también en el amparo colectivo.

## **2. Presunciones en el campo de los derechos humanos: su operatividad**

Las normas en materia de derechos humanos corren con la presunción de operatividad. Así fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), especialmente a partir del caso “Siri, Ángel”, en cuanto sostuvo que: “[...] las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagrados por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas”, para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González que: “No son, como puede creerse simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente” (Siri, A. s. habeas corpus, 1957). Contemporáneamente ha agregado que: “Es consecuencia de esta distinción (entre tratados y tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos”. Esta lógica de la Corte encuentra su basamento en el “deber” de respetar los derechos humanos, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos (Ekmekdjian c. Sofovich, 1992, voto de los Dres.

Petracchi y Moliné O'Connor).

En la misma línea de razonamiento se erige la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) la cual ha sostenido que: “El sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Gross, 1991, 212).

Por último, se ha sostenido que el órgano legislativo queda emplazado a poner en marcha el plan esbozado en la norma dentro de un plazo razonable, lo que ha sido reconocido por la CSJN con relación expresa a los tratados en materia de derechos humanos, al decir que: “[...] la violación de un tratado internacional puede acaecer por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento” (Ekmekdjian c. Sofovich, 1992).

“No debe aquí perderse de vista que, en materia de interpretación de derechos humanos, rige el principio ‘in dubio pro libertate’ o ‘favor libertate’ que posee diversas acepciones dado que, además de reforzar la presunción de operatividad de las normas que los contienen, propicia la adopción de las soluciones que mejor y más ampliamente coordinen los derechos de los individuos; y, por otra parte, indica que, cuando se plantea el crudo dilema de todas las sociedades modernas entre las potestades estatales y facultades de los individuos; entre seguridad y libertad, debe adoptarse una solución que en ningún caso conculque los intereses de la persona humana. En síntesis, siempre ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo, habrá de escogerse la solución que resulta más próxima al pleno ejercicio de los derechos fundamentales” (Gordillo, 2007, p. V-10).

### **2.1. El derecho humano a la vivienda y la “operatividad derivada”**

El fallo “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”<sup>1</sup>, del 24 de abril de 2012, ha significado un salto cualitativo en materia de acceso a la vivienda, ya que allí la CSJN fijó pautas interpretativas a la luz de las normas constitucionales y convencionales, respecto del alcance

que cabe otorgar al derecho referido.

En lo que aquí interesa, el voto mayoritario del Tribunal señala tres características en torno a los derechos humanos. En primer lugar, se advierte que esta clase de derechos no son meras declaraciones, sino que son operativos con vocación de efectividad (considerando 10). Seguidamente, establece que dicha operatividad tiene un carácter “derivado” (en el caso derecho a la vivienda) en la medida en que se consagran “obligaciones de hacer a cargo del Estado” (considerando 11), lo que significa por un lado que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que la provoque y, además, que está sujeto al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, lo cual constituye una garantía mínima del derecho fundamental frente a la discrecionalidad de los poderes públicos (considerando 12).

Luego de analizar la situación de vulnerabilidad de las demandantes (que en el caso se encontraba suficientemente acreditada, pues el grupo familiar estaba compuesto por un menor de edad con discapacidad) concluyen los magistrados que el Estado —y en particular la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA), ente territorial demandado— debe garantizar el “pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos” y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”.

Vemos que la CSJN efectúa una interpretación generosa en materia de operatividad de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), consagra la justiciabilidad de este tipo de cuestiones, y si bien no desconoce que son los órganos legislativo y ejecutivo los que deben establecer las leyes y políticas que permitan que dicha categoría de derechos no se transforme en ilusoria, ejerce un control “activo” sobre ambos poderes a la luz de las interpretaciones efectuadas por los órganos internacionales. Por ello, la CSJN dispuso que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la madre el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional.

### 3. La inconstitucionalidad por omisión y el activismo judicial

La inconstitucionalidad por omisión es estudiada dentro del marco del derecho procesal constitucional; concretamente, con la finalidad de preservar el principio de supremacía (artículo 31, Constitución nacional, en adelante CN). Su concepto se orienta hacia el obrar inconstitucional que no se traduce por actos sino por abstinencia de conducta, un no hacer contrario a la Constitución. En palabras de Bazán (2014, 93) se entiende por inconstitucionalidad por omisión “la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el poder ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquella inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución”.

A su vez, la inconstitucionalidad por omisión es de diversas clases. Un tipo alude al comportamiento omisivo de actos individuales, como por ejemplo el silencio administrativo. La segunda categoría refiere a la falta de normas generales por parte del órgano competente —en primer lugar, del Poder Legislativo (artículo 75, CN); en segundo lugar, del Ejecutivo (artículo 99 inciso 2, CN); y, excepcionalmente, del Poder Judicial (Treacy, 2016, 451)—.

Por otro lado, para el concepto de esta disfunción constitucional se suele diferenciar entre normas programáticas discrecionales<sup>2</sup> e imperativas, en tanto respecto de las primeras, al quedar dentro del arbitrio del legislador el dictado de la norma general no podría producirse la transgresión de la Constitución; en cambio, con respecto a las segundas —cláusulas programáticas de cumplimiento obligatorio—, no cabe la inobservancia de la labor reglamentaria, de modo que es a su respecto donde la falta de respuesta del legislador configura una verdadera inconstitucionalidad por omisión. En este ámbito, sin embargo, existen diferencias en la “norma-fuente” que hacen que una vez más deba considerarse la siguiente distinción frente a la necesidad del reglamento: las de “instrumentación sencilla” y las de “instrumentación compleja”, dado que de una u otra de-

pendirá el alcance con que los jueces pueden poner remedio a la inactividad; puede tomarse como ejemplo del primer caso a las jornadas limitadas del artículo 14 bis de la CN y, del segundo, al seguro social obligatorio establecido en la misma disposición (Treacy, 2016, 450).

Ese panorama presenta en la materia de derechos humanos un ingrediente que la vuelve justiciable en todos los supuestos, pues más allá que pudiesen existir cláusulas “programáticas dormidas” en su eficacia por falta de reglamentación, al resultar operativas todas las normas relativas a los derechos fundamentales, como se analizara en la parte introductoria de nuestras reflexiones, esa circunstancia envuelve o empuja a la justiciabilidad de la inactividad legislativa o reglamentaria. Tal es cuanto se viene desprendiendo también de los fallos judiciales.

Es importante señalar que deberá analizarse con un criterio sumamente restrictivo la presencia de un margen de arbitrio tal que ponga fuera del alcance judicial a una falta de reglamentación constitucional o legal, porque en verdad, una vez establecida una competencia en cabeza de los poderes públicos y en particular del Poder Legislativo o del Ejecutivo, su falta de ejercicio es vista con los efectos similares a un veto.

La CN, al igual que el resto de las Cartas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que en ella encuentran su raíz, poseen fuerza normativa, esto es, fuerza jurídica propia sin que sea necesario que las leyes dictadas en su consecuencia las vuelvan operativas (Bidart Campos, 1995, 20). Ahora bien, dentro de ese postulado central, hay cláusulas que, sin la norma reglamentaria del legislador, no pueden lograr sino una plena operatividad, por resultar indispensable el desarrollo normativo: son las ya mencionadas cláusulas “programáticas”.

En lo que concierne a los tipos de omisión que pueden presentarse, Guillermo Treacy (2016, 450) entiende que hay dos tipos: las “absolutas” y las “relativas”.

En las absolutas nos encontramos frente al no dictado de la norma legal por parte del legislador y, en lo que corresponde a las relativas, si bien

hay producción normativa, la norma no cumple con su finalidad debido a vacíos en su contenido o en sus previsiones (v.gr. la norma resulta discriminatoria), no dando así cabal cumplimiento a los estándares constitucionales o convencionales.

Es así que, si bien es cierto que los derechos consagrados y reconocidos por la Constitución y las normas supranacionales que se integran (artículo 75 inciso 22, CN) como se dijo corren con la presunción de operatividad y no pueden ser desconocidos so pretexto de la falta de reglamentación, también lo es que esta última circunstancia puede significar un retroceso al goce pleno de aquéllos derivado del incumplimiento de deberes que pesan sobre los poderes públicos y que, de ese modo, ocasiona un estado de cosas repugnante a las normas superiores que requiere de control y de medios para restablecer el orden jurídico en respeto de la integridad de los mentados derechos.

De ahí que se viene analizando tanto en el derecho argentino como extranjero (Bazán, 2014), la problemática conocida como “inconstitucionalidad por omisión”, cuyo estudio comprende los presupuestos de esa situación, sus caracteres, los lineamientos de cada sistema constitucional, como también, las posibilidades del control judicial al respecto, las vías procesales y sus restantes aristas, a fin de verificar las herramientas con que cuenta el ordenamiento para redimir o remediar el asunto.

Es que, con solo pensar que en ocasiones la ausencia de reglamentación influye en desmedro o como restricción de la plenitud de los derechos humanos, y que esa omisión constituye un obrar contrario a los deberes de la autoridad [legislativa o ejecutiva] competente en el caso concreto, advertimos la necesidad de contar con medios que resulten eficaces para provocar el control y reversión de la mora.

Sin embargo, es un campo que ofrece dificultades tanto para hallar la vía judicial apropiada, como para remontar los obstáculos formales a su admisibilidad (Valcarce Ojeda, 20083). Uno de los problemas que se suscita, frente a la inactividad reglamentaria de los poderes políticos, es si la intervención del Poder Judicial puede ocasionar, como se suele considerar,



una afrenta a la división de los poderes (Sagüés, 2007, 259).

En líneas generales, nuestra doctrina se ha ocupado del tema, como así también la jurisprudencia, destacando que lo decisivo es la existencia de un caso para que los jueces, aún frente a la desidia de los otros poderes en ejercer su competencia respectiva, puedan tomar injerencia en el asunto. De modo que, entre nosotros, donde rige el sistema de control difuso de constitucionalidad, no se podría provocar un relevamiento de omisiones jurídicas de modo abstracto —a veces se lo llama objetivo—, pues solo en la medida que promedie una controversia y se haya suscitado la jurisdicción, es posible para los jueces ingresar a conocer y decidir en una causa.

Más allá del análisis que será efectuado respecto de los lineamientos jurisprudenciales a nivel nacional y local, es posible sentar como pauta superadora de cualquier impedimento del acceso a la justicia el que, existiendo un caso, es decir, una contienda de intereses propia de la función judicial, no podrá objetarse la intervención de un tribunal de justicia bajo el argumento de la división de poderes.

#### **4. El amparo y la acción de inconstitucionalidad**

El porqué de la acción de amparo, como remedio efectivo, surge de la compulsa de los antecedentes jurisprudenciales en nuestro medio, que demuestran que es la vía más utilizable y la que ha denotado mayor efectividad al respecto (Treacy, 2016, 463).

Eso dejando a salvo el caso muy particular de aquellas normas especiales, como la de la Provincia de Río Negro, cuya Constitución del año 1988, introdujo en su artículo 207 inciso 2 apartado d), lo que se considera como una audaz innovación, previendo una vía especial para revertir el letargo legislativo como lo es la “acción de inconstitucionalidad por omisión” (Sagüés, 1997, 151).

Dicho artículo reza que: “En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fisca-

les por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”.

Retomando el esquema de nuestras reflexiones, tanto la doctrina como el propio funcionamiento del Poder Judicial reflejan que ciertamente es la vía del amparo la más indicada, ya sea por su objeto, que comprende un amplio campo de actuación en relación a los derechos humanos, como por sus aptitudes, que conforman un instrumento de protección constitucional y por ende, para la defensa de su supremacía, caracteres que lo muestran como un medio despojado de los ápices formales de los remedios ordinarios y de mayor disponibilidad (en igual sentido, Treacy, 2016, 463-464; Sagüés, 1997, 48).

De esta manera, como ejemplo podemos mencionar que, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, en aquellas jurisdicciones donde está regulada con carácter autónomo, como en la Provincia de Buenos Aires, presenta varias ventajas, ya que el amparo tiene un ámbito tutelar más generoso que puede comprender las omisiones de autoridades públicas en general, siempre que con ello se produzca la lesión con los caracteres necesarios; al mismo tiempo, es un medio expedito, es decir, disponible sin mayores presupuestos formales que los relativos a la verosimilitud de la utilización de la acción. Así, tomando por referencia a la Provincia de Buenos Aires, la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto el cuestionamiento de la validez de normas generales y abstractas, antes que de omisiones reglamentarias; es una acción que tramita por proceso ordinario ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCBA) que tiene competencia originaria sobre la misma, mas no exclusiva en la materia de invalidez constitucional.

En los fallos de ese tribunal se ha analizado, con distintas opiniones, si dentro del objeto de la acción por inconstitucionalidad pueden existir las

omisiones reglamentarias. En tal sentido, surge que esa acción no puede servir para el supuesto de omisión reglamentaria, porque su objeto está constituido por el control constitucional de normas y no de omisiones.

De tal modo que, tanto desde una perspectiva conceptual sobre la acción de amparo (Bidart Campos, 1961, 34), que informa su desarrollo y etapas de evolución en su génesis de remedio constitucional por antonomasia (Valleñín, 1995, 40), como a partir de una mirada empírica de su efectivo funcionamiento, se concatena y amalgama la consolidación de la vía para la protección de los derechos humanos frente a la omisión reglamentaria.

En efecto, ello se refleja en la reforma constitucional de 1994, que constituye la culminación de una dinámica progresiva en esta materia, que no hubiera sido posible sin el aporte decisivo que, desde la jurisprudencia, le fue proporcionando ese contenido inmanente que da fuerza y consolida a una institución jurídica, en el concepto del derecho que comprende la norma, su sentido pragmático y axiológico (Bidart Campos, 1995, 14).

## **4.1. Casos jurisprudenciales en la materia**

### **a) CSJN**

Tal como analiza la doctrina en nuestro país, el tema del control judicial de inconstitucionalidad por omisión muestra algunas aristas y dificultades que pueden traducirse en valladares relativos a la configuración del caso como presupuesto para acceder a la justicia, en obstáculos referidos a la legitimación o al principio de división de poderes (que también campea como limitación al ingreso a la instancia judicial).

Sin embargo, el panorama que ofrece la jurisprudencia también es útil para comprobar que, cuando está en juego un derecho y, más aún, si se trata de una situación que queda comprendida en el marco de los derechos humanos, tales restricciones se flexibilizan para dar lugar a la tutela en virtud de que, aún frente a la omisión reglamentaria del legislador (ya sea el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo), la operatividad de los derechos im-

pide a los jueces apartarse de conocer y decidir el litigio.

Al mismo tiempo, de lo expuesto y de la pragmática judicial resulta que la vía más apropiada, en tanto ha posibilitado la protección jurisdiccional, es la del amparo.

Como una aproximación general al tema que nos ocupa podemos recordar que ya en el año 1985 la CSJN —integrada por conjueces— se pronunció en el caso (Bonorino Perú c. Nación Argentina, 1985) sobre la viabilidad de la acción de amparo a fin de ejercer el control de constitucionalidad de una omisión contraria a derecho. Si bien el precedente fue anterior a la reforma constitucional de 1994, que reafirmó explícitamente la tutela judicial del amparo con relación a las conductas omisivas y, además, se refería a una cuestión (falta de preservación de la intangibilidad de la remuneración de los jueces fundamentada en la independencia de la función judicial) diferente a la específica del presente trabajo, lo cierto es que se trata de una referencia ineludible del panorama general del carril del amparo contra el género de la inactividad estatal.

### **Caso “Badaro”**

En la jurisprudencia nacional, podemos ilustrar algunos antecedentes donde se hizo presente la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

No puede dejar de mencionarse el fallo “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES” de la CSJN, dictado el 8 de agosto de 2006, en un proceso nominado “reajustes varios”, donde el núcleo del asunto radicaba sobre la falta de movilidad de los haberes previsionales, consecuencia de la omisión reglamentaria.

En relación con este aspecto, la CSJN consideró que la ausencia de aumentos en los haberes previsionales del caso no era compatible con un sistema válido de movilidad garantizado por el artículo 14 bis de la Constitución nacional. Afirmó que, si bien esa norma protege la movilidad de las jubilaciones, dejando librada al Poder Legislativo la determinación del

método, tal reglamentación debía ser razonable y no podía desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron en la vida laboral. Consideró por ello que, a pesar de que la omisión de disponer un ajuste por movilidad había violado la garantía aludida, no le correspondía al Poder Judicial fijarla, porque la trascendencia de la resolución y las condiciones imperantes requerían de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general, por lo que dispuso comunicarles al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que en un plazo razonable adoptaran las medidas que garantizaran la movilidad de los haberes.

En ese pronunciamiento, el máximo Tribunal se pronunció sobre la obligación del Estado de legislar de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 bis ya citado. Sostuvo la CSJN que no solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial de la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, y que en su artículo 75, incisos 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos.

Posteriormente, la Corte consideró que los aumentos otorgados por el Gobierno nacional, a través del artículo 7, inciso 2 de la ley 24.463, no daban cumplimiento al mandato de movilidad del artículo 14 bis y a la sentencia dictada en el caso, por lo que declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo de la ley de solidaridad previsional, disponiendo el ajuste de la jubilación del actor conforme a pautas establecidas por el máximo órgano judicial<sup>4</sup>.

La CSJN no asignó efectos en relación a pleitos análogos, porque entendió que contribuía a dar mayor seguridad el dictado de una ley que

fijara pautas de aplicación permanentes.

### **Caso del “juicio por jurados”**

Lo mencionamos por tratarse de un caso paradigmático y porque además constituye un supuesto que puede involucrar los derechos humanos de los procesados en juicios de naturaleza criminal.

En el precedente “Vicente Loveira c. Eduardo Mulhall s. injurias y calumnias”<sup>5</sup> de 1911 la CSJN consideró que no se configuraba en verdad un “caso” ante la falta de la reglamentación de los artículos 24 y 75 inciso 12 de la Constitución por parte del Congreso, en tanto no se establece el deber inmediato de ese órgano ni un plazo perentorio para su implementación.

Es decir, el tema ubica dentro del análisis realizado únicamente la cláusula de juicios por jurado dentro de aquellas que se consideran “programáticas discrecionales” y que, por lo tanto, no darían pie a la hipótesis de inconstitucionalidad por omisión.

Aunque, desde otra perspectiva, también podría pensarse que, integrando una Constitución que posee fuerza normativa, la falta de un plazo para la implementación del juicio por jurado podría abordarse dentro del concepto de razonabilidad, ya que, en definitiva, se trata de una garantía más dentro del proceso penal, que no podría quedar al mero arbitrio del legislador.

### **Caso “Urteaga”**

En el caso “Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional” de 1998, la CSJN confirió tutela constitucional pese a la omisión del Congreso en reglamentar la garantía del hábeas data, siguiendo de este modo la modalidad que había planteado tanto en el caso “Siri” como [principalmente] en el caso “Ekmekdjian”, donde posibilitó el derecho de rectificación o respuesta pese a la omisión legislativa.

Estos fallos corroboran que la inconstitucionalidad por omisión posibilita el control judicial cuando están en juego derechos humanos ope-

rativos y que la modalidad de este tipo de sentencia consiste en su protección, destacando la omisión como un hecho antijurídico, pero sin que ello conforme una condena de incumplimiento al poder remisivo.

### **Caso “Halabi”**

En el antecedente “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, de 2009, el objeto de la pretensión era una norma que afectaba la privacidad de las comunicaciones. La sentencia trató sobre la procedencia de la acción de amparo colectivo y es en ese punto donde el máximo Tribunal advirtió que no existía una ley reglamentaria de las acciones de clase, no obstante el carácter operativo del artículo 43 respecto de la protección de situaciones colectivas. Al respecto, en este pronunciamiento, y a diferencia de las tratadas anteriormente, la CSJN dio trámite a la acción como figura colectiva y a esos efectos, de algún modo, se reemplazó al poder reglamentario al establecerse pautas adjetivas mínimas que posibiliten darle cabida a la tutela judicial. De este modo quedó delineado en el fallo, como en otros que lo complementaron, los recaudos de lo que podría denominarse el amparo colectivo o la acción de clase en materia de intereses individuales homogéneos.

### **b) Provincia de Buenos Aires**

#### **Causa “Oviedo”: Programa de asistencia integral para las personas en situación de calle**

Con motivo del dictado de la ley 13.956 que ordenó la materialización de los derechos garantizados por el artículo 35 de la Constitución provincial, se dedujo un amparo por omisión del Poder Ejecutivo en la causa “Oviedo, Carlos Alberto c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, en tanto que la falta de reglamentación impedía al amparista acceder a los beneficios establecidos por el programa previsto en ese cuerpo legal, reglamentación para la cual la norma había fijado un plazo que se encontraba vencido. En primera instancia (Juzgado de Garantías N°5 del Departamento Judicial de La Plata), el actor obtuvo una sentencia desfavorable por haberse entendido que, si bien era cierto que la ley no se encontraba reglamentada,

también lo era que el actor no había acreditado la utilización de otras posibilidades que podía brindarle el Estado para solventar sus necesidades.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, con asiento en la ciudad de La Plata (en adelante, CCALP), revocó la sentencia desfavorable, haciendo lugar a la pretensión del amparista, y ordenó al Poder Ejecutivo a reglamentar la norma legal, como asimismo la efectivización de las medidas concretas para brindar cobertura social asistencial al actor.

Esta modalidad de sentencia es un ejemplo que condena efectivamente a subvertir la inconstitucionalidad por omisión como medio para enmendar el orden jurídico y, asimismo, ordena también a brindar la protección concreta de las prestaciones necesarias que hacen al goce del derecho humano.

Este pronunciamiento fue confirmado [por mayoría] en otra sentencia posterior, en donde la CCALP se expidió en el sentido de que “más que una reglamentación por el juez de grado, se trataba de una providencia precautoria en defensa de la situación jurídica lesionada”.

### **Causa “Díaz Reck”**

La causa “Díaz Reck, Malena c. ARBA” es otro fallo interesante en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de una medida autosatisfactiva, la que en verdad en ese ámbito funciona como una acción de amparo. La parte demandada en dicha oportunidad fue la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires. En el caso, el accionar de la parte actora se encontraba dirigido a que se subsane judicialmente, previo control de la inconstitucionalidad por omisión, la norma o el estatuto de empleo público, a fin de que la licencia por maternidad pueda ser gozada no solamente por la madre gestante sino también para aquella en su situación de madre<sup>7</sup>. Cabe aclarar que, si bien la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata contiene una exhortación, la cuestión fue analizada en la vista fiscal desde la perspectiva de la interpretación de la norma legal, motivo que llevó a la



Provincia a consentir el pronunciamiento judicial.

### **c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Si nos detenemos brevemente en el repaso de la situación en la CABA, puede reflexionarse que es una órbita donde existe un activismo judicial muy marcado en la materia, que en parte tiene su fundamento en tratarse de una autonomía nueva cuyas normas fundamentales resultan de un contenido sumamente progresista, lo que da pie a que el fuero de la Ciudad exhiba un desarrollo más avanzado en comparación con la órbita federal y nacional (Treacy, 2016, 460).

Interesa también señalar que la mayoría de los pronunciamientos sobre esta temática también provienen de acciones de amparo en esa jurisdicción local.

Algunos ejemplos permiten visualizar que la acción de amparo es una herramienta útil para variados supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Pueden citarse los siguientes casos: “García Elorrio” (amparo con sentencia de Cámara del 19 de mayo del año 2003), referido a la no implementación del régimen de comunas previsto en la Constitución en el que se ordenó el dictado de una ley reglamentaria; y “Confederación General Económica” (amparo con sentencia de Cámara del 11 de septiembre del año 2007), caso en el que se pretendía la reglamentación del Consejo Económico y Social previsto en la Constitución de la CABA, omisión que se entendió comprobada y contraria a la Carta Suprema en segunda instancia, excluyéndose el dogma de la no justiciabilidad como valladar.

Al comentar estos fallos, Treacy (2016) resalta la idoneidad del amparo para provocar la fiscalización de las omisiones absolutas del legislador, aunque analizando asimismo las dificultades vinculadas a la ejecución de las sentencias en este tipo de cuestiones que implican los recursos con que cuentan los jueces para hacer efectivo el dictado de una ley o regla-

mento por la autoridad competente.

El desafío está entonces en la búsqueda de medios apropiados para lograr la efectividad de las sentencias que contengan condenas a revertir la omisión reglamentaria, habitualmente recaídas en procesos de amparo, por resultar la vía más generosa en su raíz constitucional y en todas las jurisdicciones, para comprender como objeto de agravio a la lesión provocada por omisiones en general, sean formales o materiales.

El contenido de la sentencia favorable tras detectarse la omisión antijurídica reglamentaria puede comprender distintos tipos de mandatos: el dictado de la norma, la búsqueda de una solución individual sobre la base del plexo jurídico existente o de preceptivas análogas, o la indemnización del daño ocasionado, entre otros. Lo más viable es exhortar al Ejecutivo cuando se trata de la ausencia de reglamentación de la ley, aunque también esto presenta problemas.

En algunas ocasiones la sentencia favorable viene integrada con mecanismos conminatorios como el apercibimiento de la fijación de asreintes frente a la eventualidad de que el poder requerido no procediese en la forma indicada dictando el reglamento o la norma impuesta, dentro del plazo fijado en la sentencia.

## 5. Conclusión

La operatividad de los derechos humanos refleja un desarrollo tan progresivo como complejo, que en muchas ocasiones requiere del control judicial para que se haga efectivo el goce de esos derechos, siendo el amparo -como instituto inherente a la Constitución- la principal herramienta llamada a ponerlo en movimiento en esta materia. Precisamente en ese ámbito se han logrado doblegar cuestiones que constituían dogmas para obstruir la intervención de los jueces, como sucedía con relación al ejercicio de las competencias de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- sus omisiones y, en particular la inactividad reglamentaria. Ese estado de cosas desaparece tanto por la “fuerza normativa de la Constitución” y su

connotación especial respecto de los derechos allí reconocidos y consagrados, como por la garantía de la acción de amparo, exhibiendo de esta manera dos facetas de la dinámica constitucional: el derecho por un lado y la garantía que lo asiste del otro.

Este fenómeno se va desarrollando en forma paralela y a impulso, también, de la proyección de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que no solo ligan a nuestro país desde su ratificación a ellos, sino también con el reconocimiento de la Constitución del año 1994 al respecto (artículo 75 inciso 22, CN). En ese contexto, podemos reflexionar que la concreción y la amplitud que se advierte en la consagración de esos derechos, especialmente a los grupos más vulnerables (v.gr. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros), repercute en el país en torno a la funcionalidad indudable de la acción de amparo, para acompañar esa evolución necesaria que se desenvuelve a un pulso que es más vertiginoso que la elaboración de las políticas públicas y, de esa forma, en mancomunidad de los derechos, su efectividad va quedando más resguardada con la intervención del Poder Judicial.

El corolario de este resultado es que, frente a una temática que se presenta más novedosa como la posibilidad de control judicial de la omisión reglamentaria, se abre la acción de amparo como un remedio que posibilita a la Justicia intervenir, ya que, en la medida que exista lesión en un caso, la división de poderes o el carácter político de una cuestión no harán mella en la procedencia de la acción, colocando a este específico ámbito considerado -frente a nuevos desafíos para el Poder Judicial- en la búsqueda de mecanismos que permitan obtener el cumplimiento -en todo caso hasta forzado- de las sentencias.

## 6. Bibliografía

Bazán, V. (2014). Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer.

- Bidart Campos, G. J. (1961). *Derecho de amparo*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1992). *El adentro y el afuera del derecho a réplica*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Gordillo, A. (2007) *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires.
- Gross Espiell, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Sagüés, P. N. (1997). Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial, *Revista Ius et Veritas*. Consultado el 17 de febrero de 2019. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15737/16172>
- Sagüés, P. N. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro, *Revista Ius et Veritas*. Consultado el 15 de febrero de 2019. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15737/16172>
- Sagüés, P. N. (2007). Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión. Consultado el 10 de febrero de 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3163765>
- Treacy, G. (2016). *Control judicial de la omisión legislativa: variaciones en torno a su admisibilidad y posibilidades*. Universidad de Buenos Aires (UBA). Buenos Aires: 1era edición Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Consultado el 12 de febrero de 2019. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-treacy-variaciones.pdf>
- Valcarce Ojeda, G. (2008). *Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Proceso y Constitución, Facultad de Derecho, UBA, 27 al 29 de agosto de 2008*. Consultado el 8 de junio de 2019. <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/valcarceojeda>
- Vallefn, C. (1995). *1eras Jornadas Platenses sobre el Proceso Contencioso Administrativo*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de

La Plata.

## **7. Ápendice jurisprudencial**

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Almonacid Arellano y otros c. Chile, Serie C, No. 154 (2006)

Velázquez Rodríguez c. Honduras, Serie C, No. 4 (1988)

Godínez Cruz, Serie C, No. 5 (1989)

Bámaca Velásquez, Serie C, No. 70 (2000)

Tribunal Constitucional c. Perú, Serie C, No. 71 (2001)

### ***Corte Suprema de Justicia de Nación***

Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES, 329 Fallos 3089 (2006)

Bonorino Peró, Abel c. Nación Argentina, 307 Fallos 2174 (1985)

Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo, Fallos (1992)

Halabi, Ernesto c. P.E.N., 111 Fallos 332 (2009)

Q. C. S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 335 Fallos 452 (2012)

Siri, Ángel s. hábeas corpus, 239 Fallos 459 (1957)

Urteaga, Facundo R. c. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas,  
321 Fallos 2767 (1998)

Vicente Loveira c. Eduardo Mulhall s. injurias y calumnias, 115 Fallos 92  
(1911)

### ***Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Confederación General Económica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA), Sentencia del 11 de septiembre de 2007. Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

García Elorrio, Javier María c. GCBA (Art. 14 CCBA), Sentencia del 19 de mayo de 2003. Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

***Provincia de Buenos Aires***

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata

Oviedo, Carlos Alberto c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s. Amparo, Sentencia del 18 de noviembre de 2010. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, asiento La Plata.

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N°1 del Departamento Judicial de La Plata

Díaz Reck, Malena c. ARBA s. Medida Autosatisfactiva, Sentencia del 27 de diciembre del 2018. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de La Plata.