

CAPÍTULO XII

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión. Los tribunales constitucionales en Latinoamérica, como legisladores suplentes y precarios*

1. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN EN LOS ROLES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El comportamiento de los tribunales constitucionales —y de quienes hacen aproximadamente sus veces, como las salas constitucionales y ciertas cortes supremas, a más de otros órganos judiciales inferiores—, ha experimentado en poco más de doscientos años interesantes y harto importantes transformaciones.

a) A partir del nacimiento del control judicial, desconcentrado o difuso al estilo estadounidense (“*Marbury vs. Madison*”, 1803), el juez constitucional se perfila como un inaplicador o desaplicador de normas inconstitucionales. Su veredicto admisorio de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, ceñido al caso concreto, evita que allí se efectivice la norma inconstitucional, que para esa litis, se la reputa inválida e inexistente, *ex tunc*. Pero el precepto continúa formalmente en vigencia; se aplica en todas las demás relaciones jurídicas, mientras no se lo

* El presente trabajo se inserta dentro del Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. El autor ha publicado anticipos del mismo y su versión inicial, ahora completada. Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, en Bazán Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. II, pp. 573 y ss.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

discuta judicialmente, expediente por expediente, y siempre que no sea aceptado por el juez, en cada proceso, el acuse de inconstitucionalidad. Al mismo tiempo, los tribunales pueden dar respuestas jurídicas diversas: algunos, entendiendo como constitucional una norma; otros, parcial o totalmente inconstitucional al mismo dispositivo legal. También pueden variar de criterio: lo que juzgaron inconstitucional ayer, puede ser hoy reputado constitucional, y viceversa, en una suerte de carrusel judicial con muchas vueltas.

b) Con la fórmula kelseniana instrumentada en la Constitución austriaca de 1920, el control de constitucionalidad va a tener, en muchos casos, efectos expansivos. La ley calificada como inconstitucional por el Tribunal Constitucional —órgano especializado y concentrado de control de constitucionalidad—, resulta abolida. El Tribunal Constitucional pasa, de tal modo, a ser *legislador negativo*: no está habilitado para dictar leyes, pero sí para derogarlas. Se ha ganado en certeza, lógica y seguridad jurídicas, como no podía ser menos en el líder de la teoría pura del derecho. Se ha perdido en división de poderes.

c) Una tercera etapa acaece cuando la Corte Suprema de Estados Unidos, en “Cooper vs. Aaron” (1958), un fallo que algunos llaman “el segundo Marbury vs. Madison”, adopta francamente el sistema del “precedente” —*stare decisis*—, y obliga a los tribunales inferiores a seguir la doctrina judicial establecida por ella.¹ De hecho, este régimen significa darle a aquella Corte cierto rol material de *legislador activo*: su jurisprudencia asume —por su propia decisión—, un papel de *norma general*, en el sentido que debe ser seguida, excepciones aparte, al menos por los demás tribunales. Éstos han sufrido un importante recorte de sus competencias en materia de control de constitucionalidad: ya no son libres de decidir con independencia de criterio, en temas sobre los que ya se ha pronunciado la Corte Suprema. Cuando ella habla, en ese punto el sistema de la *judicial review* es, en alguna medida, “concentrado”.

Es cierto que la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema mantiene todavía su vigencia formal; pero los tribunales deberán inaplicarla, si se la discute en ellos con acierto, en tiempo y forma. Esa

¹ Véase Sagüés, María Sofía, “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, Porrúa, núm. 2, 2004, México, pp. 225 y ss.

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

decisión de inaplicación, en términos generales, hace aproximarse a la Corte Suprema estadounidense, también, a un cuasilegislador negativo.

d) Principia otro tramo cuando algunos tribunales, cortes y salas constitucionales se transforman en *inductores de normas*. En este segmento de nuestra exposición, no las fabrican, pero las instan, encomiendan, y algunas veces, lo exigen, con plazos a la vista. Para ello, utilizan las “sentencias exhortativas”, también llamadas “de encargo”. Florecen distintas modalidades de estas sentencias “atípicas”. Veamos algunas: La más simple: (i) cuando se declara inconstitucional una ley, y se pide al poder legislativo que dicte otra bajo determinadas pautas de constitucionalidad, a fin de no pecar como lo hizo la primera. Las más sofisticadas: (ii) cuando se entiende que una ley es inconstitucional, pero no se la invalida formalmente, por los efectos sensiblemente dañinos que se producirían con tal declaración. En su lugar, se requiere al legislador que sancione una ley indiscutiblemente constitucional, en reemplazo de la sepultada como inconstitucional. (iii) O si se juzga que una ley “parece” inconstitucional, y se reclama al legislador que la sustituya por otra que no sea inconstitucional; o (iv) cuando se advierte al Congreso que una norma, hoy postreramente constitucional, puede dejar de serlo pronto —los hemos denominado casos de “constitucionalidad precaria”, *in articulo mortis*—, razón por la que aparece la conocida exhortación a la sanción de una norma genuinamente acorde con la Constitución.²

e) El comportamiento de un Tribunal Constitucional, ya como legislador activo, se logra asimismo mediante las sentencias “modulatorias” —otros las llaman “manipulativas”— de tipo “aditivo”, “sustractivo” o “mixto” —sustitutivas—, con directivas —que materialmente son verdaderas normas—, de seguimiento general y obligatorio por los demás tribunales inferiores. Por ejemplo, (i) cuando un Tribunal Constitucional entiende que determinado texto legal debe leerse con más un agregado diseñado por el propio Tribunal, para que resulte compatible con la Constitución; (ii) cuando, al revés, le quita algo a un precepto subconstitucional, para tornarlo aceptable a la luz de la Constitución. Y (iii) cuando modifica el contenido de una norma, extrayendo el mensaje original e injertándole otro, igualmente para conceptuarla compatible

² Sobre las sentencias exhortativas nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2009, pp. 78 y ss.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

con la Constitución.³ Todas estas directrices son generalmente obligatorias para los demás operadores de la Constitución, y resultan emitidas por los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de ella.

No se tratará, aquí, de evaluar el mérito o las críticas a estos papeles activistas asumidos por tribunales y salas constitucionales. El argumento defensivo es que lo hacen para cumplir con la Constitución, e incluso como actos de cortesía constitucional, a fin de evitar, en ciertos supuestos, la declaración frontal de inconstitucionalidad de ciertas normas, para lo cual recurren a fórmulas de rescate que algunas veces son realmente alambicadas. La posición negativista, por su parte, imputa a estos operativos jurisdiccionales violación al principio de división de los poderes.

Este capítulo se detendrá en una particularidad de los roles activos de un tribunal constitucional, en el ámbito concreto de la inconstitucionalidad —habitualmente del poder legislativo—, por omisión respecto de la producción de normas generales. En ese quehacer, puede convertirse en un órgano formalmente *emisor de normas*, aunque de manera subsidiaria y transitoria.

2. CASO ECUATORIANO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO

La nueva Constitución del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, ha remodelado con cierta intensidad al antiguo Tribunal Constitucional que existía en tal país, que con distintos nombres y competencias, es uno de los más antiguos de América Latina, ya que fue lanzado en los cuarenta del siglo xx. En términos generales, ha reforzado sus roles y aumentado su autonomía.⁴

³ *Ibidem*, en nota 2, p. 77. De nuestra misma autoría, “Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 12, 2008, pp. 337 y ss., con específica referencia a ese país.

⁴ La nueva Constitución ecuatoriana declara a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control de la Constitución (art. 429). Se integra con nueve miembros, que duran nueve años sin reelección inmediata (art. 432), periodo felizmente ampliado con relación al corto tramo anterior de cuatro años. No están

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

Nos interesa detenernos en un aspecto de la reforma constitucional, como es el concerniente a la *inconstitucionalidad por omisión*. El actual inciso 10 del artículo 436 de la Constitución se detiene específicamente en el tema y dispone lo siguiente, entre las competencias de la nueva y ahora denominada Corte Constitucional:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

La norma constitucional tiene antecedentes en una reforma sancionada en 1992, y en particular en un proyecto elaborado por Iván Castro Patiño que influye en la redacción actual del texto citado.⁵

Como puede constatarse, de haber una intimación por parte de la Corte Constitucional para que el órgano renuente se expida, la cláusula

sometidos a juicio político. No pueden ser removidos por quienes los nombraron. En caso de responsabilidad penal son enjuiciados por la Corte Suprema de Justicia. Su destitución se decide por los tercios de los miembros de la Corte Constitucional (art. 431). Sus miembros son designados por una Comisión Calificadora de seis miembros —dos designados por la función legislativa, dos por la ejecutiva y dos por la de Transparencia y Control social—, mediante concurso público: art. 435. La función de Transparencia y Control social se forma por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias (art. 204). En la práctica, habrá que analizar en el futuro si la Comisión Calificadora concluye o no efectivamente libre de influencias de los otros poderes del Estado. La autonomía funcional de la Comisión será un dato indispensable para erigir una Corte Constitucional a su vez imparcial e independiente.

⁵ Castro Patiño, Iván, *Inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, reforma necesaria en la Constitución ecuatoriana*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, pp. 181 y ss. El libro aborda con datos actualizados el tema que enfoca, e incluye la propuesta de un texto constitucional específico relativo a tal asunto. Sobre propuestas para instrumentar una reforma constitucional admisorio de la acción de inconstitucionalidad por omisión en Perú, véase Carpio, Marcos Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado*, Querétaro, Fundap, 2004, pp. 81 y ss.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

habilita a la misma Corte para que, de manera provisional, emita la norma ausente o ejecute el acto omitido, de conformidad con la ley.

La norma de referencia guarda similitud con la sancionada para el estado de Chiapas (México), por decreto publicado en el periódico oficial del 16 de mayo de 2007,⁶ según la cual, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un periodo de sesiones, y si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición está ordenada por la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, añadiéndose “que dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa” (artículo 56, fracción III de la Constitución de Chiapas).

En un sentido parecido, la Constitución del estado de Querétaro enuncia en su artículo 29, apartado IV, como competencia del Pleno o de las Salas del Tribunal Superior de Justicia, según lo determine la ley, “declarar sobre los casos de omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecta el funcionamiento o aplicación de la presente Constitución”. Y a su turno, la ley de justicia constitucional del estado, del 27 de marzo de 2009, establece un capítulo específico para la “acción por omisión constitucional”.

Dicha acción, que puede ser ejercida por el gobernador, los ayuntamientos o consejos municipales, los organismos autónomos y los partidos políticos nacionales y estatales debidamente registrados, tiene como requisito que la omisión legislativa impida el ejercicio de un derecho o atribución otorgado por la Constitución local (art. 86). La sentencia admisorias debe contener un plazo para que la Legislatura del Estado emita la regulación necesaria para subsanar la omisión legislativa (art. 89). Pasado dicho plazo sin que se haya emitido ni se encuentre en vías de ejecución, por única vez la Sala Constitucional otorga un pla-

⁶ Cfr. Rangel Hernández, Laura Maribel, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Procesal Constitucional, México, Universidad Panamericana, 2008, pp. 157-158, versión policopiada, a quien seguimos en esta descripción. Agradezco a la autora sus aportes para elaborar el presente estudio. Véase también Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009, pp. 202 y ss.

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

zo extraordinario de hasta treinta días hábiles a la autoridad condenada, para que “ejecute plena y completamente la sentencia”, circunstancia que comunicará al Pleno del Tribunal Superior de Justicia (art. 90). Y si la sentencia no es satisfecha, además de la responsabilidad en que incurra la Legislatura, “la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, quien dictará la regulación a que deba sujetarse el ejercicio de la atribución o derecho reconocido en la sentencia. Dicha regulación será aplicable hasta en tanto no se expida la ley local respectiva” (art. 91).

No preocupa mayormente que un órgano de la jurisdicción constitucional, ante un caso de omisión inconstitucional, ordene cumplir un acto concreto omitido. Esto es frecuente en el derecho procesal constitucional, y para ello existen, habitualmente, acciones de amparo o mandamientos de ejecución. Pero lo que sí llama la atención es la habilitación constitucional para que, ante supuestos de omisión inconstitucional en la producción de normas generales, el referido tribunal pronuncie —bien que sea provisionalmente— a la regla jurídica ausente.

En definitiva, la Constitución programa a la Corte Constitucional como un legislador suplente y precario, problemática en la que nos vamos a detener.

3. ANTECEDENTES

Hay múltiples remedios jurisprudenciales y constitucionales para atacar a la inconstitucionalidad por omisión. Baste mencionar, al respecto, sistemas que contemplan una denuncia ante el órgano que controla tal omisión, y otros que pueden proseguir con recomendaciones, llamados de atención o intimaciones al órgano en mora, la cobertura judicial para un caso concreto, la imposición de un resarcimiento por el daño causado, etc. Nos remitimos al tratamiento que hemos dado a ellos, en trabajos anteriores.⁷

Con referencia específica a la actuación de una Sala o Tribunal Constitucional como legislador suplente, y sin pretender agotar la temática, es posible citar como un antecedente —no idéntico, por cierto— a

⁷ Por ejemplo, Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 129 y ss., cap. X: “Los jueces y la inconstitucionalidad por omisión”.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

la Constitución de Venezuela de 1999, que en su artículo 336, inciso 7º, al contemplar la inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas por parte del poder legislativo nacional, estatal o municipal, establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “establecerá el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Aquí ya se anticipa una gestión como legisladora positiva de la Sala Constitucional, respecto del posible contenido que deberá tener la futura norma a dictarse.

Merece igualmente recordarse, como precedente más próximo, el caso de la Constitución del estado mexicano de Veracruz, y con alusión a la mora legislativa inconstitucional del Congreso, cuando estatuye que el Tribunal Superior de Justicia fija un plazo de dos periodos ordinarios de sesiones, para que elabore la norma faltante; y si “transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

En esta hipótesis, el perfil del Tribunal Superior de Justicia como legislador suplente tiende a definirse más. Se trata de su aptitud constitucional para “dictar las bases” —hecho que implica emitir normas, bien que no todas las reglas del caso— que regularán el tema hasta tanto lo haga el legislador ordinario. Para Fernández Rodríguez, está potenciado para emitir “una especie de normativa básica”.⁸

Pero en el caso ecuatoriano, aproximándose a la alternativa seguida en Chiapas, tal definición es todavía más categórica, ya que, como vimos, consiste en que la Corte Constitucional “expedirá” la norma ausente, bien que de manera “provisional”, y conforme a la ley. Hemos visto que el estado de Querétaro se inclina a una posición similar.

4. FUNDAMENTOS DE LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

Es notorio que en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la Constitución, entendida como regla mo-

⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general del dicho instituto”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, t. IV, p. 3771, quien critica profundamente la alternativa seguida por la Constitución veracruzana, por afectar el principio de división de los poderes.

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

torizable por la Corte Constitucional, cuando la inacción del legislador regular del caso —que puede ser no solamente el poder legislativo formal, sino toda otra autoridad que debe, según la Constitución, pronunciar una norma—, paraliza su eficacia. Esa suerte de anestesia inconstitucional de la Constitución, por la renuencia del legislador moroso, es salvada así, de modo subsidiario y provisional, por la Corte Constitucional.

Acompañando ese razonamiento, es visible asimismo que la Constitución ha querido que la vigencia de los derechos enunciados por ella no quede a la merced de la voluntad del órgano normalmente emisor de normas —el legislador—, de sancionarlas o no sancionarlas. La solución, por cierto drástica, ha sido dejar a la magistratura constitucional —en su máximo nivel— la cobertura transitoria de la norma faltante. Para ello, la Constitución “judicializa” el conflicto —que décadas atrás era una *political question*, o cuestión política no justiciable—, y lo inserta dentro de las competencias de la Corte Constitucional.

Por supuesto, la primera crítica a este régimen es la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos. Vale la pena observar que trata aquí de una impugnación de tipo académico y conceptual, ya que no es una violación de la Constitución, desde el momento en que es la misma Carta política la que programa al sistema que analizamos.

Liminarmente cabe alertar que el órgano presuntamente “invadido” mal podría considerarse “víctima”, ya que si hubiese emitido la norma que no dictó, no existiría problema alguno. Nadie puede, según el viejo adagio latino, alegar su propia torpeza. Además, cada cual es responsable de sus propios actos —en la especie, de su propia omisión, infractora de la Constitución—.

Al mismo tiempo, el citado órgano hipotéticamente “invadido” podría concluir inmediatamente, si lo quisiera, con la supuesta “invasión” de la Corte Constitucional. Como ésta actúa aquí “de manera provisional” —o sea, como legislador precario—, si el órgano constitucionalmente previsto que no sancionó la norma, lo hace cumpliendo con su deber constitucional, *ipso jure* concluye la norma dictada por la Corte Constitucional. Las normas elaboradas por la Corte son, en definitiva,

preceptos bajo condición resolutoria (*sub conditionem resolutur*): tienen vigencia hasta tanto el legislador normal quiera mantenerlos, ya que puede sustituirlos con la norma que él desee sancionar, cumpliendo con el mandato constitucional que le obliga a aprobarla.

En conclusión, no parece haber aquí ni “órgano invadido”, ni “órgano víctima”.

5. CRÍTICAS

El cuestionamiento más fuerte a la doctrina de la Corte Constitucional como legislador suplente y precario viene por otros lados. Mencionaremos tres argumentos: *a)* el técnico; *b)* el político, y *c)* el funcional.

a) El argumento técnico. El mismo apunta que dictar sentencias —objetivo primario de un tribunal constitucional— no es lo mismo que elaborar normas generales —meta del legislador—.

La preparación y redacción de una norma cuenta con técnicas específicas, bastantes exigentes por cierto,⁹ que en la esfera académica han dado lugar, incluso, a maestrías especializadas, como la actualmente en curso en la Universidad de Buenos Aires. Por lo demás, requiere oficinas de información y de asesoramiento, con personal especializado y un material informativo puesto al día, en temas muchas veces complejos.

El dictado de una norma general exige igualmente empalmar el nuevo texto con las normas afines, circunstancia que obliga a tener muy en cuenta normas preexistentes, o modificarlas. De no tomarse esas precauciones, el principio de derogación tácita orgánica (*lex posterior derogat priori*) puede provocar abrogaciones no queridas por quien está operando como legislador, o desajustes normativos muy perniciosos para la seguridad jurídica.

Con esto quiere significarse el arte y la ciencia de legislar no es un trabajo para *amateurs*, y que una Corte Constitucional que quiera operar como legislador, aunque precario y suplente, puede no ser el órgano más adecuado para estas nuevas funciones, que en principio resultan anómalas para el Tribunal. De todos modos, si las asume, ello requeriría cuerpos especializados dentro de la Corte, para coadyuvar con eficiencia en dicho trabajo.

⁹ Véase por ejemplo Muñoz Quesada, Hugo Alfonso y Haba, Enrique Pedro, *Elementos de técnica legislativa*, San José de Costa Rica, Prodel, 1996, *passim*.

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

b) *El argumento político.* Desde este punto de observación cabe añadir que el oficio de legislar es políticamente muy significativo —*principalem actus regis*, lo llamaba Santo Tomás de Aquino—,¹⁰ y que, en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideologías, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad.

Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos. En cierto modo, media allí un clima más profesional, universitario y académico en la tarea de hacer funcionar el derecho, que el propio de un Parlamento donde se sanciona ese derecho. Los jueces constitucionales, además, no tienen por qué sentirse comprometidos con los partidos e intereses sectoriales que, en cambio, anidan en los poderes ejecutivo y legislativo —y que es bueno que afloren y se contrapongan en el debate democrático—. Antes bien, deben comportarse como sujetos imparciales e independientes, como por ejemplo exige el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

Es por ello que el escenario judicial tampoco sea el más adecuado para generar normas, aunque ocasionalmente algunos tribunales, en ciertos países, hayan pergeñado proyectos de ley, en particular concernientes al quehacer judicial.

c) *El argumento funcional.* En este terreno, la pregunta estriba en determinar en qué medida la asunción de roles normativos por una Corte Constitucional puede perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano.

Por lo general, en el ámbito latinoamericano, las cortes y salas constitucionales tienen una cantidad de trabajo que no guarda relación con los recursos humanos y técnicos convenientes para asumirla. En otras palabras, resultan desbordadas por una catarata de procesos cons-

¹⁰ Nos hemos referido al tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político* Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 187-189. El Aquinate habla incluso del “arte de legislar” —*de legislatione*—, como difícil empresa de compaginación normativa para alcanzar el bien común.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

titucionales de toda laya, concernientes tanto a la llamada “jurisdicción de la libertad” —protectora de los derechos personales—, como a la “jurisdicción orgánica” —solución de conflictos de poderes y de controversias entre los órganos del Estado, por ejemplo—.

En síntesis, pocos tribunales constitucionales han optado por una solución tan dura como la estadounidense, cuya Corte Suprema resuelve menos de cien causas por año. La mayoría se encuentra condenada a recibir, procesar y resolver miles de expedientes.

La cuestión es si ante tal panorama, es factible sumar a las funciones de una Corte Constitucional, la de actuar como legislador activo —aunque fuere suplente y precario—, ante los supuestos de inconstitucionalidad por omisión. Naturalmente, la respuesta —desde un punto de vista exclusivamente cuantitativo—, va a depender del número de procesos jurisdiccionales o parecidos a tales que debe decidir, y del número de causas donde tenga que actuar como legislador. Ese cálculo es decisivo para no asignarle a una Corte Constitucional misiones materialmente imposibles, que son en sí profundamente antisistémicas. Un Tribunal o Sala Constitucional atiborrado de pleitos, y además, legislador, tiene el serio riesgo de incumplir ambos cometidos.

6. BALANCE Y REPLANTEO

Cuando a fines de los años sesenta el Tribunal Constitucional federal alemán asumió francamente el tema de la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, alertó que los jueces, para remediarla, debían tener en cuenta tanto un claro mensaje constitucional incumplido, como el transcurso de un tiempo ya irrazonable sin que se lo obedeciera, y, por último, la posibilidad de que el poder judicial pudiese cubrir material y jurídicamente el vacío lagunoso, prescindiendo del legislador.¹¹

Tales directrices conservan hoy vigencia. No es tarea simple atender jurisdiccionalmente la cobertura de esa inconstitucionalidad por omisión. Supóngase que la Constitución encomienda al poder legisla-

¹¹ Cfr. Piña, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 72 y ss., Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 312 y ss.

Nuevas fronteras de la inconstitucionalidad por omisión...

tivo establecer un régimen de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con colaboración en su dirección y en el control de la producción, y que el Congreso permanezca renuente en esa obligación.¹² Una magistratura constitucional que decidiese aquí poner punto final a la mora legislativa tendría frente a sí un trabajo hercúleo para elaborar soluciones individuales, y más todavía para redactar una norma general subsidiaria, en un asunto de por sí opinable y harto controvertido, con múltiples y distintas fórmulas de instrumentación, donde entran en juego diferentes índices de rentabilidad, según las actividades y el tipo de establecimiento considerados, opuestos criterios políticos de redistribución de la riqueza, mediciones y resultados diversos acerca del impacto económico de las posibles cuotas y modos de repartir, etcétera.

Una breve sinopsis histórica muestra, como detallamos en el párrafo 1, que la jurisdicción constitucional no fue concebida inicialmente para reparar la inconstitucionalidad por omisión, sino solamente para inaplicar reglas inconstitucionales; pero que después ha atravesado distintas etapas donde ha asumido funciones de legislador negativo, primero, y después de cuasilegisador positivo, ya sea como agente instigador de normas, o como productor material de ellas, para arribar ahora a la condición de legislador formal, bien que suplente y precario, *sub conditionem resolutur*, esto es, hasta que el legislador ordinario no actúe.

Si bien cabe destacar el ánimo de justicia y de ejecución real de la Constitución que caracteriza a esta última posibilidad, en aras de otorgarle genuina eficacia y positiva vigencia de los derechos personales; y que la novedosa reprogramación que importa de la doctrina clásica de división de los poderes no la descalifica de por sí *in limine*, la problemática técnica, política y funcional que conlleva, y que hemos detallado anteriormente, no aconseja proyectarla como una solución deseable para todo sistema constitucional. Antes bien, lo mejor será evaluar con cautela las experiencias que ocurran en los estados que la han adoptado, antes que repetirla ya en otros. Para aquéllos, ciertamente, importa un desafío digno de una cuidadosa observación por parte del resto del derecho comparado.

¹² El caso no es hipotético, sino que se presenta claramente en el art. 14 bis de la Constitución nacional argentina, sancionado en este punto en 1957 y no reglamentado de modo general hasta la fecha, en tal cuestión.

AVATARES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Para el caso ecuatoriano, cabe alertar por último que la propia Constitución deja en parte la instrumentación de la aptitud legisferante de su Corte Constitucional, a lo que establezca la ley, según se desprende del citado artículo 436, inciso 10 (véase par. 2). Ello deja abierta la posibilidad de enmarcar tal competencia dentro de ciertos parámetros, como los enunciados por el Tribunal Constitucional federal alemán, en torno a la factibilidad, en un caso concreto, de ejercer tal función prescindiendo absolutamente del legislador.

La “ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional”, sancionada en 2009, disciplina el “control constitucional de las omisiones normativas” y distingue entre las “absolutas” y las “relativas”.¹³ Respecto de las primeras, que son las que aquí nos interesan, determina que la Corte Constitucional fijará un plazo para que el órgano renuente subsane su silencio, y

En caso de que no se expida la normatividad en el plazo requerido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia (art. 129-1). (Las cursivas son nuestras)

De alguna manera, pues, la ley reglamentaria ha circunscrito la facultad de la Corte Constitucional de dictar la “norma” omitida (art. 436, inc. 10 de la Constitución), a emitir “las reglas básicas correspondientes que sean indispensables”, limitación que parece razonable, ya que alude a una actividad legisferante más modesta y elemental, de tipo indispensable para cumplir con las promesas constitucionales. Por ley, en síntesis, Ecuador viene a aproximarse a la solución adoptada por el Estado mexicano de Veracruz (véase par. 3).

¹³ Para las inconstitucionales por omisión relativas, “cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes”, la ley establece que serán subsanados por la Corte Constitucional mediante “sentencias de constitucionalidad condicionada”. El tema se conecta con las exclusiones arbitrarias, por ley, de beneficios: véase art. 129, inc. 2º, de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.