

Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Autora

Valcarce Ojeda, María del Guadalupe

Graduada Universidad Nacional de Córdoba

"... aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas... mientras... se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo."

Fragmento de El Federalista 78
El debate por la unión
ALEXANDER HAMILTON

Sumario:

- A. Introducción: noción de omisión inconstitucional
- B. La actividad legisferante del Poder Judicial y el principio de división de poderes
- C. Formas de superar las omisiones del legislador
- D. Las nuevas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- E. Reflexiones sobre el activismo judicial frente al pasivismo legislativo

A. Introducción: noción de omisión inconstitucional

Parece común, al analizar las funciones de los tribunales constitucionales o de los órganos encargados del control de constitucionalidad -según el sistema que se haya adoptado en cada país-, referirse a la función no exclusivamente de legislador negativo sino también de legislador positivo que, cada vez más abiertamente, ejercen los órganos que han asumido la tarea de controlar la adecuación de la actividad (y de la inactividad también) de los demás poderes y de los particulares -según el caso- a la Carta Magna.

Esta actitud de los tribunales constitucionales¹ asume diversas formas y se inscribe dentro de lo que Sagüés² ha denominado “nuevas sentencias atípicas”³ rubro en el que señala: sentencias manipulativas admisorias, sentencias manipulativas desestimatorias, sentencias manipulativas aditivas o constructivas, sentencias manipulativas sustitutivas y sentencias exhortativas.⁴

La inercia o pasividad del Poder Legislativo y su resultado; la omisión legislativa, parecen un campo fecundo para la actuación del tribunal constitucional a través de estas sentencias atípicas. Y más aún cuando, a diferencia de lo que ocurre con los órganos judiciales o administrativos, el Poder Legislativo continua siendo irresponsable por su inactividad. Así, los tribunales constitucionales han abandonado su primitiva condición pasiva o negativa, en el sentido de limitarse a confrontar la norma con la Constitución y mantenerla o expulsarla según el resultado de esa confrontación, ampliando sus atribuciones mediante una suerte de iniciativa legislativa, generalmente oculta bajo el ropaje de las recomendaciones al legislador, y, en algunos casos, mediante la proposición de soluciones alternativas que modifican o subsanan las omisiones del legislador.

Sin embargo, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas parece no poder superar dos obstáculos que se presentan como insalvables: el tema de la sanción que cabe a la omisión y el tema de la instrumentación de la obligación de legislar. A nadie se le escapa que la voluntad del legislador es irremplazable y no hay

¹ En lo que sigue con la expresión “tribunales constitucionales” me voy a referir genéricamente al órgano que realiza el control de constitucionalidad, independientemente que se trate efectivamente de un tribunal constitucional, vale decir, ya sea que se trate de un tribunal autónomo, o del máximo órgano judicial, o de una sala especializada de un órgano judicial, o de cualquier magistrado que deba confrontar la situación de inconstitucionalidad.

² Sagüés, Néstor P.: “Las sentencias constitucionales exhortativas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, noviembre de 2006, vol. 4, nro. 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, pp. 189-202.

³ También se las denomina sentencias manipulativas, sentencias modulatorias o sentencias interpretativas.

⁴ Bazán, Víctor: “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr23.pdf>. El autor cita entre los remedios unilaterales, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del tribunal constitucional, las sentencias interpretativas, más específicamente dentro de éstas las manipulativas aditivas. Y entre los remedios bilaterales, que generan la necesidad de colaboración entre el tribunal constitucional y el legislador, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las sentencias de apelación, las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”, el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las sentencias aditivas de principio o las sentencias - delegación.

lugar para la coacción, como tampoco que declarar la inconstitucionalidad de la omisión y no sancionarla parece un remedio solamente cosmético.

Ahora bien, habiendo introducido brevemente el tema que desarrollaré, paso a ocuparme de la noción de omisión inconstitucional.

Para ello asumo que no existen dudas acerca de que el principio de supremacía constitucional supone necesariamente el control y consecuente sanción de las infracciones a la Constitución, las que pueden originarse tanto en acciones positivas que violentan la Carta Magna como en omisiones que contrarían los preceptos en ella consagrados.

Los autores parecen estar de acuerdo en señalar a Wessel como el pionero en el tratamiento del tópico y quien dota por primera vez de entidad propia al concepto de omisión del legislador admitiendo la posibilidad de la vulneración de derechos individuales con causa en un no hacer del legislador.⁵

Asimismo, de Wessel procede la clasificación comúnmente admitida que distingue entre omisiones absolutas y relativas. Absolutas en tanto que falta cualquier disposición ulterior de desarrollo legislativo del precepto constitucional y relativas cuando la actuación del legislador ha sido parcial al producir una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras, aún tratándose de supuestos análogos, con consiguiente lesión del principio de igualdad. La importancia práctica de la distinción está en sus efectos a la hora del ejercicio del control jurisdiccional; según Wessel, la omisión absoluta provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, no sucediendo lo mismo en los casos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa.

A decir de Bazán; en las omisiones absolutas hay ausencia total de norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; en tanto que en las omisiones relativas, el legislador al propulsar la norma para obedecer el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros.⁶

Pues bien, la declaración de la inconstitucionalidad por omisión se traduce en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia o pasividad del

⁵ Wessel, W.: "Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers", citado por Ahumada Ruiz, María Ángeles: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril de 1991, nro. 8, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, passim.

⁶ Bazán, Víctor: ob. cit.

legislador de dar cabal cumplimiento al mandato constitucional de dictar las leyes necesarias que desarrollen preceptos constitucionales o posibiliten la operatividad de los derechos consagrados por el constituyente o por el mismo legislador, de modo que dichos preceptos o derechos se tornan ineficaces, o bien en las recomendaciones que, tras verificar la inacción legislativa, formula al Congreso o Parlamento el tribunal constitucional.

Para que se origine la omisión legislativa susceptible de la tacha de inconstitucionalidad se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la Constitución. Precisamente, lo que caracteriza a la omisión, es el incumplimiento de una obligación, expresa o implícita, de desarrollar una disposición o precepto constitucional o de dotar de operatividad una cláusula por la que se reconocen o garantizan derechos. Esto es, el presupuesto fáctico necesario para que se produzca la omisión inconstitucional es la inactividad o pasividad del órgano legislativo para cumplir, dentro de un plazo predeterminado por la misma Constitución o dentro de un plazo que se estime razonable,⁷ una obligación o encargo concreto a él atribuido por la Carta Magna, de manera tal que se vea imposibilitada la ejecución de las garantías en ella contenidas.

La inactividad, pasividad, abstención, o quiescencia que se requiere para que se configure la omisión inconstitucional es una actitud calificada del legislador, con ello no me refiero a cualquier silencio o inacción del legislador, sino -y solamente- a aquellas omisiones con efectos jurídicamente relevantes desde el punto de vista constitucional y originadas en un mandato del constituyente. Es por ello que, en mi opinión, la importancia que debe asignarse al tema de la inercia legislativa radica, fundamentalmente, en el contralor ejercitable y en las posibilidades de corrección que pueden instrumentarse, no desde el punto de vista de la perfección a alcanzar en el desarrollo por el legislador de los principios y normas constitucionales ni del grado de celeridad con que se pongan en marcha los institutos u órganos previstos por el constituyente, sino en la medida en que la pasividad del legislador provoque la lesión de los derechos o libertades reconocidos en la Constitución o impida su pleno ejercicio.

⁷ Vgr; el Tribunal Constitucional español ha adoptado la doctrina del “plazo razonable”, ver específicamente las sentencias 216-91 y 31-94.

Resumiendo, las notas que caracterizan la omisión legislativa pasible de la tacha de inconstitucionalidad son las siguientes:

1. Inobservancia, ya sea total o parcial, u observancia defectuosa o irregular;
2. Dentro de un plazo constitucionalmente determinado o dentro de un plazo razonable;
3. De un concreto mandato constitucional;
4. Por parte del legislador obligado;⁸
5. Que apareja la violación de derechos o garantías constitucionalmente reconocidos o produce la imposibilidad de ejercerlos plenamente.

Como anticipé, los problemas que debe afrontar el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas son básicamente dos: qué sanción cabe a la omisión y cómo instrumentar la obligación de legislar. El tema se complica porque su enjuiciamiento atiende a diversos factores, en muchas ocasiones extrajurídicos, y su concreción implica una especie de fiscalización de la intención del órgano legislativo. Asimismo, la noción de plazo razonable, utilizable para el escrutinio de la inacción legislativa, parece enfrentar serios inconvenientes de índole terminológica en lo que hace a la precisión del mismo.

No se trata, claro está, de postular lisa y llanamente la usurpación de las funciones del legislador por parte del tribunal constitucional. Parece indudable que el juez, frente a estas circunstancias solamente asume una actitud positiva frente a la violación de derechos y libertades fundamentales que se originan en la pasividad del órgano legislador, pasividad que, por otra parte, es contraria a las previsiones -expresas o implícitas- de la Carta Magna y que debieron haber sido desarrolladas legislativamente.

⁸ Cuando me refiero al legislador como sujeto obligado por el mandato constitucional lo hago sin tomar parte, por cuanto excede los límites de este trabajo, en la discusión que se ha suscitado en la doctrina acerca de los órganos productores de la inconstitucionalidad por omisión. La primera postura doctrinal, se manifiesta a favor de una concepción amplia y caracteriza a la inconstitucionalidad por omisión legislativa como la transgresión del orden constitucional dado por la inercia de los distintos órganos del Estado (cualquier órgano de cualquier poder) al no legislar sobre determinadas materias o no realizar ciertos actos ya sean éstos de naturaleza política, judicial o administrativa, cuando tienen la obligación de hacerlo por mandato constitucional. La segunda postura doctrinal, que sostiene una concepción restringida, considera que la inconstitucionalidad por omisión se origina en la inactividad -específica- del legislador para expedir las normas que la Constitución le ordena producir.

B. La actividad legisferante del Poder Judicial y el principio de división de poderes

El tema del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas constituye un capítulo más en la tensión constitucionalismo-democracia. Los defensores del argumento contramayoritario no se deben sentir muy a gusto ante la inminencia no sólo de dejar el control de constitucionalidad en manos de los jueces sino de permitir que un grupo de individuos que a todas luces carece de credenciales democráticas se arroge la facultad de dictar normas propia de los representantes popularmente electos. Con un mero análisis superficial del tema parecería que las cosas son sencillamente así como las he descrito; al órgano judicial le está vetada la posibilidad de dictar normas en virtud del estricto respeto por el principio de separación de los poderes, pero basta ahondar un poco en la cuestión para no descartar (o tal vez admitir tibiamente) la eventual atribución del tribunal constitucional de contralor y sanción de las omisiones legislativas.

Se señala que el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que producen una vulneración de la Carta Magna contraría el principio de división de los poderes por cuanto atenta contra la libertad de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, el cual debe conservar la facultad de determinar el momento en que ha de ser desarrollado un precepto constitucional. Asimismo, se sostiene que puede resultar conveniente reconocer al legislador la posibilidad de dejar en suspenso previsiones constitucionales poco realistas que hayan sido aprobadas en medio del fragor revolucionario o del utopismo que ha menudo acompaña la labor de las asambleas constituyentes.⁹ También se alude a la amenaza que se cierne sobre las funciones propias del legislador lo que, a la vez, coloca a los jueces en riesgo permanente de incurrir en una usurpación de atribuciones. Por último,¹⁰ se trae a colación el peligro de la llamada politización de la justicia

⁹ Casal, Jesús M.: “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr4.pdf>.

¹⁰ En la enumeración de los argumentos en contra del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas basados en el principio de separación de los poderes no pretendo ser exhaustiva sino meramente indicativa.

constitucional, más aún cuando la omisión legislativa no es producto de una inadvertencia del legislador sino de una decisión deliberada.

La doctrina clásica de la división o separación de poderes determina que sólo el órgano legislativo puede dictar leyes, abrogarlas, derogarlas o modificarlas. Asimismo, al órgano ejecutivo se le reconocen constitucionalmente amplias atribuciones normativas, vgr; en nuestra Carta Magna están reguladas las siguientes facultades: para dictar reglamentaciones ejecutivas y autónomas (art. 99 inc. 2 CN), en la promulgación y publicación de las leyes (art. 99 inc. 3 CN), en materia de iniciativa de leyes (arts. 99 inc. 3 y 77 CN) y veto (arts. 80 y 83 CN), para producir decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN), y la atribución de dictar legislación delegada (art. 76 CN).

Los tribunales constitucionales fueron concebidos por Kelsen¹¹ como legisladores negativos, en el sentido que pueden anular, vale decir, eliminar o expulsar del orden jurídico las normas que contrarían los preceptos de la Carta Magna, ejerciendo una potestad de carácter eminentemente negativo con referencia a la ley.

En la actualidad, este modelo es insuficiente. Paulatinamente se va confirmando que la tarea crucial que los tribunales constitucionales deben llevar a cabo es la interpretación de los preceptos constitucionales. La tarea supone suministrar a jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores generales relativos, no sólo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino, aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias o infraconstitucionales para que esa interpretación y aplicación se adecue a los mandatos de la Constitución. Esto se consigue, no sólo mediante las mencionadas sentencias interpretativas, sino también mediante orientaciones y advertencias a los poderes públicos respecto de cómo debe entenderse la legalidad existente. En efecto, la tarea interpretativa del tribunal constitucional se produce, al menos, por tres vías. La primera, y más evidente es el recurso a las sentencias expresamente interpretativas, en las que los tribunales constitucionales, en la parte dispositiva de sus sentencias, determinan cual debe ser la interpretación correcta de una ley para que se adecue a los mandatos constitucionales; sentencias que suponen no sólo la interpretación de la ley ordinaria,

¹¹ Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, traducción de J. M. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, *passim*, y del mismo autor *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, *passim*.

sino también, ciertamente, una interpretación del sentido de los mismos mandatos constitucionales. Una segunda vía es la representada por las consideraciones interpretativas realizadas en la fundamentación de todo tipo de sentencias, consideraciones dirigidas a establecer, de los posibles sentidos de un mandato constitucional cual debe considerarse correcto. Y, finalmente, una tercera vía sería la representada por las sentencias recaídas en casos de defensa de derechos individuales, en cuanto correctoras o confirmadoras de la interpretación de las leyes y de la Constitución llevada a cabo por los demás poderes públicos.

La doctrina iuspublicista contemporánea desecha el dogma de la división de poderes como un principio rígido que separa las funciones del Estado en compartimentos estancos asignándolas a órganos diferenciados y con ámbitos de actuación exclusivos, por el contrario; la interacción y coordinación de poderes parece ser la regla de oro de una sana administración, de suerte que los tres órganos son, en las esferas de sus atribuciones, legisladores, ejecutores y aplicadores de sus normas. El respeto por los principios republicanos, en consonancia con nuestro diseño institucional, exige el diálogo entre poderes, más cercano a la idea de frenos y contrapesos de Madison que a la separación estricta de poderes de Montesquieu.

Coincido con las apreciaciones de Bazán al respecto por cuanto: “Al examinar el nutrido repertorio de prácticas sentenciales que en la práctica jurisdiccional comparada se viene diseñando, pareciera quedar en evidencia la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión”.¹²

La inconstitucionalidad por omisión parte del reconocimiento de que no existe la certeza de que el órgano legislativo corregirá la inconstitucionalidad. En estos casos, la labor del tribunal constitucional no consiste en castigar al legislador que deja de cumplir su mandato específico, sino tratar de dotar de plena eficacia al precepto constitucional que carece de ella, puesto que como poder constituido y como defensor de la Carta Magna -autoerigido guardián último de la Constitución-, su tarea consiste esencialmente en perseverar por la plena aplicación de los enunciados constitucionales. El razonamiento que impulse la labor del tribunal constitucional

¹² Bazán, Víctor: ob. cit.

debe ser eminentemente jurídico y no político y dado el caso que la inactividad legislativa no viole por sí misma la normativa constitucional debe abstenerse de intervenir. Siendo el pueblo el autor último de la Constitución, la mera pasividad del legislador, en tanto incumplimiento de su función de producir normas, solamente puede ser fiscalizada por el pueblo. El control político de su accionar (o, en el caso, su falta de accionar) corresponde a los representados. El tribunal constitucional, como poder constituido y en aras del pleno respeto por el principio de separación de los poderes no puede forzar al órgano legislativo, al fin y al cabo tan poder constituido como aquél, a dictar una norma (aunque en ello resida la específica función de este órgano, función constitucionalmente encomendada al mismo), atento la naturaleza reparadora del control de constitucionalidad, naturaleza que determina la factibilidad de apelar a este mecanismo sólo en el caso que la omisión del legislador quebrante el orden constitucional. A esto me refería cuando mencionaba el peligro de la politización de la justicia constitucional.

C. Formas de superar las omisiones del legislador

Las omisiones del legislador deberían ser salvadas, aunque esto parezca una obviedad, por el propio legislador. De él se espera, precisamente, que legisle, que cumplimente acabadamente el mandato constitucional. Puede que sea sólo cuestión de tiempo que el legislador detecte su falta y la enmiende. Sin embargo, la inactividad también puede ser deliberada, consciente; se alegarán entonces razones de presupuesto, cuestiones políticas o quizás falta de acuerdo en el seno del Congreso o Parlamento.

Frente a la inacción del órgano legislativo que deriva en la conculcación de derechos individuales los tribunales constitucionales han ensayado diversas técnicas que buscan superarla:

1. Las recomendaciones al legislador, seguidas o no de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la omisión, concebidas como una especie de pronunciamiento previo a la siguiente categoría;
2. Las sentencias apelativas o exhortativas, que admiten tres variantes:
 - a. sentencias de delegación, b. sentencias de inconstitucionalidad

simple o de mera inconstitucionalidad o declarativas de incompatibilidad sin nulidad, y; c. sentencias de inconstitucionalidad precaria que declaran que la norma todavía es constitucional o sentencias con resolución de aviso.

3. La declaración de inconstitucionalidad parcial cualitativa en los casos de omisiones relativas relacionadas con la violación del principio de igualdad;
4. Las sentencias manipulativas en sus vertientes aditiva y sustitutiva.

En líneas generales, las nóminas que ensayan los autores son coincidentes con la expuesta, empero me parece útil, a efectos ilustrativos, señalar la efectuada por Rangel Hernández,¹³ quien citando a Sagüés menciona:

1. Denuncia ante un órgano superior, que implica que vista la omisión legislativa, se haga del conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior;
2. La recomendación, donde el órgano superior o de control, simplemente recomienda a la autoridad omisa que cumpla con su labor;
3. El llamado de atención, como su nombre lo dice, no es más que un extrañamiento a la autoridad omisa;
4. La intimación, que implica el otorgamiento de un plazo para que se colme el vacío legal;
5. La cobertura, donde ante el incumplimiento de la autoridad el juzgador dictará las bases temporales mientras se expide la ley en cuestión.
6. La cobertura y el resarcimiento, ante el incumplimiento se procede a integrar el orden jurídico y si esto no fuera posible se estipula un resarcimiento a favor del promovente;
7. La compulsión constitucional, se presenta en los casos en que las propias Constituciones determinan que no pueden ser incumplidas por falta de ley reglamentaria, de modo que el juez debe ingeniárselas para resolver la situación de mérito.

¹³ Rangel Hernández, Laura: “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional”, Cuestiones Constitucionales, nro. 18, enero-junio de 2008, p. 8, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Para un sano y eficaz empleo de los institutos mencionados, y, a efectos de impedir su uso irrestricto con la consiguiente distorsión del sistema republicano (y evitar así un antidemocrático gobierno de los jueces que, abusando de su condición de guardianes últimos de la Constitución, pretendan instituirse en legisladores), el límite a estos nuevos tipos de sentencias, que se añaden a la defensa genérica de la Constitución instrumentable mediante el control de constitucionalidad, debería estar dado por un ejercicio consciente y reflexivo de la autolimitación judicial y por el respeto inexcusable a la libertad de configuración normativa.

El recurso a estas sentencias resalta el rol político de los tribunales constitucionales y el empleo oportuno que estos hagan de las mismas revela una judicatura comprometida con la realidad a la vez que respetuosa de la soberanía popular. En tanto que el uso desmedido de estos instrumentos compromete la independencia del órgano judicial y lo posiciona al borde del descrédito: el factor determinante en el razonamiento del tribunal constitucional debe ser única y exclusivamente de índole jurídico, no político, de primar este último la aspirada legitimidad democrática cede paso a la usurpación de funciones y el empleo de estas nuevas sentencias se parece peligrosamente a arrogarse indebidamente facultades legislativas.

Asimismo, el tribunal constitucional situado frente a un caso de inercia legislativa que violenta el mandato constitucional debe necesariamente hacer un balance previo que incluya la estimación del costo de los derechos en juego antes de elegir el instrumento a utilizar para remediar la situación. Puede suceder que la simple recomendación efectuada al órgano legislador signifique solamente una dilación más en el proceso tendiente a asegurar el íntegro cumplimiento del mandato constitucional; en este supuesto, los eventuales damnificados con la omisión legislativa pueden llegar a ver el pronunciamiento judicial como una burla. En otras ocasiones, la constatación por el tribunal constitucional de la imposibilidad cierta de desarrollar la legislación necesaria determinará que éste evite recurrir al empleo de una sentencia con resolución de aviso que, de antemano supone, no podrá ser cumplida. La prudencia debe ser la guía que acompaña en todo momento el accionar del tribunal constitucional.

Una visión de la democracia que haga hincapié en la deliberación que necesariamente debe seguir a la utilización de estas nuevas sentencias es fundamental

en pos del cumplimiento del mandato constitucional. El Poder Judicial no puede permanecer ajeno al principio de apertura a los intercambios de razones propios de una sociedad democrática, y, en este contexto, funciona como un mecanismo asegurador de la deliberación por aquellos que voluntariamente se insertan en el debate acerca de materias de interés público. Con ello se trata de asegurar el principio constitucional, histórico y filosófico de la democracia deliberativa mediante decisiones que alcancen un acuerdo teórico incompleto, que autoricen el desarrollo de ese proceso deliberativo y no produzcan un corte en esa discusión intertemporal.¹⁴ Las decisiones judiciales sobre aspectos relevantes de interés público no deben, pues, finalizar el debate, sino cerrarlo parcialmente y permitir, dentro de lo posible, la discusión posterior por los órganos democráticos responsables ante el electorado sobre aspectos nuevos o no completamente dilucidados en las sentencias judiciales.

D. Las nuevas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación con la conformación actual recurre a menudo a estos mecanismos. Así lo hizo en los casos Verbitsky (situación carcelaria en la Provincia de Buenos Aires), Mendoza (contaminación del ambiente-saneamiento de la cuenca del Riachuelo), Lavado (situación carcelaria en dos establecimientos penitenciarios situados en la Provincia de Mendoza), Rosza (régimen de subrogancias), Badaro (movilidad de los haberes jubilatorios) y Comunidad indígena del Chaco (condiciones de vida de la comunidad toba), entre otros.

En estos fallos hay un denominador común que está dado por el uso de ciertas frases que denotan claramente la filiación activista de sus miembros en materia de derechos humanos, vale la pena destacar referencias como: *“Que la gravedad y urgencia de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida*

¹⁴ Racimo, Fernando M.: Democracia deliberativa. Teoría y crítica, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 198.

sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional”, o bien; “Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados...”. También: “De tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, habrá de requerir a la demandada las explicaciones que estima necesarias al objeto del pleito, y dispondrá la comparecencia de las partes a una audiencia...”

Pues bien, en la mayoría de los fallos mencionados¹⁵ surge indubitablemente la ampliación de la competencia originaria de la Corte justificada por la gravedad y urgencia de los hechos que les dan origen. Sin perjuicio, claro está, que una vez que la Corte ha hecho uso de los mecanismos que estima conducentes para la solución del conflicto,¹⁶ declare que la causa no corresponde a su competencia originaria y remita las actuaciones. Es decir, sin invadir la esfera de actuación propia de los denominados poderes políticos del Estado, la Corte acerca a las partes, busca y propone remedios institucionales, evalúa medidas que estima idóneas e invita al diálogo en busca de una solución armónica y consensuada que atienda a las reales posibilidades de entendimiento.

¹⁵ Me interesa destacar que se trata, en su mayor parte, de litigios de derecho público, también denominados “litigios estructurales” o “casos de litigación compleja”, caracterizados por la supeditación del interés particular al más general que involucra a la comunidad o a un grupo de sujetos con determinadas características comunes y por requerir una solución que implica necesariamente la participación de los poderes políticos, y eventualmente a particulares también, mediante un diseño integral y a largo plazo de políticas públicas combinado con un sistema de monitoreo de las instituciones comprendidas.

Resumiendo a Paola Bergallo, los puntos representativos de estos casos son los siguientes: presencia de partes plurales y amorfas; involucramiento de la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública; no suponen la compensación de daños pasados y acotables a las partes sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales. La autora efectúa un análisis pormenorizado sobre el estado del litigio de derecho público en nuestro país en: “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/alumnos_docentes/PaolaBergallo.pdf

¹⁶ Vgr; Acordada N° 30/2007 C.S.J.N. relativa al régimen de Audiencias Públicas.

Estos casos en los que interviene como una especie de mediador son, precisamente, casos en los que el fantasma de la declaración de inconstitucionalidad por omisión acecha a los poderes políticos. La constatación por parte de la Corte de una omisión legislativa que deriva en una infracción de la Constitución no supone necesariamente la imposición al Congreso de un deber de legislar, sino la exhortación lisa y llana a cumplir con sus obligaciones. Además de este apercebimiento el más alto tribunal no cuenta con instrumentos para forzar la actividad legislativa, la invitación al diálogo entre poderes parece entonces el mecanismo idóneo para superar la pasividad verificada.

Con estos fallos, la Corte no cierra el tema y con ello el proceso deliberativo, sino que sirve de guía, restablece el debate público en el sitio correspondiente; ante los representantes populares, da el puntapié inicial para que el asunto se instale en la agenda política de los gobernantes. La ejecución de lo resuelto, en definitiva, será lo que determine el grado de compromiso que los órganos de las diferentes agencias del Estado han asumido frente a la defensa de los derechos fundamentales.

Pues bien, sentencias como las recaídas en los casos Verbitsky, Lavado, Mendoza, Badaro, Rozsa y Comunidad indígena del Chaco, entre otros en los que la Corte tuvo oportunidad de expedirse mediante el recurso a estos nuevos instrumentos a los que vengo aludiendo, muestran un cambio en el paradigma institucional que hasta ahora ha preponderado en nuestro país y que, a todas luces, ha resultado deficitario. Estos fallos quebraron la inercia judicial imperante e innovaron de modo plausible en un territorio donde casi ninguna otra institución ha hecho demasiado por décadas, aún frente a la comprobada situación de los particulares damnificados por los diversos hechos denunciados y de público conocimiento, en este sentido, los litigios de derecho público son paradigmas de derechos desestabilizadores, es decir, derechos para desatrincherar instituciones que vienen fallando sistemáticamente en el logro de sus objetivos y que permanecen inmunes a las tradicionales fuerzas correctivas de la política.¹⁷

La solución brindada por la Corte parece la más adecuada para los litigios de derecho público que han llegado a su esfera de decisión por cuanto la pasividad de los poderes políticos en estas materias ha quedado hartamente comprobada. Asimismo, su

¹⁷ Tomo la noción de derechos desestabilizadores de Sable & Simon en “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”, 117 Harvard Law Review 1015, february, 2004, p. 1037, <http://www2.law.columbia.edu/sabel/Destabilization%20Rights%20-%20Westlaw.doc>

intervención resulta respetuosa del principio de separación de poderes y del ámbito de competencias exclusivo de los poderes legislativo y ejecutivo; la Corte no está condenando ni ordenando o imponiendo medidas de ejecución inmediata a la administración pública sino que actúa como un intermediario entre las diversas partes implicadas. Eso sí, un intermediario involucrado de manera responsable. Queda por ver si los órganos de los poderes políticos asumen también su rol responsablemente.¹⁸

Creo que la introducción por parte de la Corte de estos nuevos mecanismos de solución de conflictos ha sido una decisión inteligente y refleja un serio compromiso con la Constitución formal y material por parte del más alto tribunal. Ahora que el debate ha sido abierto resta que los representantes populares tomen la posta y cumplan acabadamente con sus mandatos constitucionales, para ello la deliberación ha de ser la labor que necesariamente debe seguir a la intervención inicial de la Corte.

E. Reflexiones sobre el activismo judicial frente al pasivismo legislativo

“Yo creo que los jueces deben tener en claro esa diferencia: no hacen el presupuesto, deben respetar la discrecionalidad, pero hay que poner límites. El activismo judicial consiste en eso, en avanzar hasta que se respeten los derechos fundamentales y los marcos institucionales”

RICARDO LORENZETTI

Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁹

Si algo ha mostrado claramente el hiperpresidencialismo argentino es la inercia del Congreso y la facilidad con que éste delega en el Ejecutivo sus propias atribuciones. Esta fuerza indiscriminada del Ejecutivo se manifiesta en nuestro país,

¹⁸ Vale destacar otra labor responsable; la del Defensor del Pueblo en las causas Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento (Comunidad indígena del Chaco) y Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo, entre otros.

¹⁹ Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 10, septiembre de 2007, Universidad Torcuato di Tella, www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2447&id_item_menu=3561

fundamentalmente, en su desmedida injerencia en materia propia del Legislativo y en el abusivo recurso a la doctrina de la emergencia pública.

La decisión del constituyente de 1994 modificó el esquema clásico, robusteciendo aún más la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, contradiciendo el declamado propósito de sus impulsores, tendiente a lograr la atenuación del presidencialismo; fortaleciendo el Congreso y la independencia del Poder Judicial. Con el ropaje de la eficacia se ha maximizado su poder y en la misma medida debilitado al Legislativo. Es cierto que la reforma legitimó una práctica que desnaturalizaba el esquema clásico de división de funciones. Pero no lo es menos que el contralor parlamentario, que es en el derecho europeo firme, aquí, no ha funcionado, lo que permite concluir que, a diferencia de lo que acaece en EEUU (donde el Congreso ejerce propiamente la función legislativa y de control), en nuestro país el Poder Legislativo funciona, cuando lo hace, como Parlamento convalidando en buena medida las iniciativas del Poder Ejecutivo.

El uso y abuso, que antes y después de 1994, se ha hecho de tales “facultades”, resulta peligroso para el armónico desenvolvimiento de las instituciones de la República, la libertad e igualdad de sus ciudadanos. Tal modalidad, por la cual se sancionan normas sin la intervención del órgano legislativo, no parece una solución prudente, sobre todo cuando se ha dejado sistemáticamente de lado el procedimiento que prevé la Constitución.

En estas circunstancias la función del Poder Judicial deviene esencial. Es preciso restablecer los equilibrios que tornen operativo, en el marco de la normativa constitucional, el sistema republicano de contrapesos recíprocos.

Frente a un panorama como el descrito el activismo de la Corte Suprema debería ser visto con buenos ojos en la medida en que sea respetuoso de la voluntad de la mayoría y en tanto el Congreso se mantenga reticente en la observancia del mandato constitucional. En aquellas cuestiones en las que se confirma la lesión de la Constitución a causa de una omisión legislativa el órgano judicial puede intervenir como un efectivo factor de equilibrio de la gobernabilidad democrática mediante la elaboración de sentencias atípicas que buscan restablecer mecanismos de debate y diálogo entre los poderes políticos. Las sentencias así obtenidas constituyen importantes vehículos para canalizar, hacia las agencias del Estado, las insuficiencias y necesidades de la agenda pública.

Para que el proceso democrático resulte sostenido por sí mismo y adquiera estabilidad y legitimidad a largo plazo, sus participantes no han de anclarse en opiniones plena o definitivamente formadas, sino que han de estar listos para entregarse a discusiones significativas y abiertas para poder modificar opiniones que han sostenido con anterioridad, a la luz de los argumentos de los otros participantes y también como resultado de la nueva información que se hace accesible en el transcurso del debate.²⁰ La Corte Suprema, con su composición actual, ha elaborado un par de sentencias en casos clave de derecho público con las que ha mostrado que no es tan difícil tomar la Constitución en serio. El grado de compromiso republicano que asuman los poderes políticos para con sus representados es determinante para la eficacia de esas sentencias, y en este sentido es inevitable el salto que se debe dar desde el tradicional discurso intransigente hacia la democracia deliberativa.

²⁰ Hirschman, Albert O.: *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, *passim*.