



TESIS DOCTORAL

EL CONTROL DE LA OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO COLOMBIANO

Autor:

Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

Directora:

Dra. Dña. Gema Rosado Iglesias

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Getafe, febrero de 2016



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

EL CONTROL DE LA OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO COLOMBIANO

Autor: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO

Directora: Dra. Dña. GEMA ROSADO IGLESIAS

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de febrero de 2016

A la memoria del profesor Gregorio Peces-Barba, por todas sus luces.

A Ana Fabricia Córdoba, por su heroísmo sin fin.

***A los jueces administrativos de Colombia, desde
luego.***

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
PRIMERA PARTE: LOS DESAFIOS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORANEO.....	18
Pierre Rosanvallon	18
TÍTULO I: EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	19
CAPÍTULO I: DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL	20
1. GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL.....	21
2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL ESTADO LEGISLATIVO CLÁSICO AL ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL.....	27
3. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	32
3.1 El sometimiento del poder público y de la sociedad a la disciplina del derecho: Estado de derecho	33
3.2 La concepción democrática de la potestad pública: Estado democrático ...	38
3.3 El componente social: Estado social	40
3.4 Los principios democrático y de derecho: requisitos sustanciales del Estado constitucional	44
CAPÍTULO II: LA EFICACIA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	50
1. EL SENTIDO JURÍDICO DE LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL.....	51
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA ESTADO SOCIAL	54
3. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO PRINCIPIO NUCLEAR CONSTITUCIONAL.....	56
4. LA INCORPORACIÓN TARDÍA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO	60
4.1 Primera etapa: la interpretación entusiasta de la cláusula del Estado social.....	62
4.2. Segunda etapa: hacia el rescate del principio democrático, la imperativa mediación del legislador	67
4.3. Tercera etapa: el Estado social como cláusula normativa a concretizar.....	68
4.4. Cuarta etapa: el principio del Estado social hace posible la fundamentabilidad de los derechos sociales.....	78

TITULO II: LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL.....	84
CAPITULO I: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	85
1. EN BUSCA DE LAS IDENTIDADES.....	88
1.1. La dimensión histórica de los derechos sociales.....	89
1.2. Una caracterización relevante	92
1.2.1. Derechos de eficacia estatal	94
1.2.2. Derechos generalmente prestacionales	95
1.2.3. Función promocional de los derechos sociales.....	96
1.2.4. Derechos del ser humano contextualizado	97
1.2.5. Derechos de concreción individual.....	98
1.2.6. Derechos potencialmente universales	99
2. RELACIONES JURÍDICAS EN CUANTO DERECHOS SUBJETIVOS Y FUNDAMENTALES	102
2.1. El debate actual sobre los derechos subjetivos y sus garantías	103
OPUESTOS JURÍDICOS	104
CORRELATIVOS JURÍDICOS	104
2.2. El concepto de derechos fundamentales	111
2.3. Concepto y estructura de los derechos sociales	121
2.3.1. Las diferentes nociones de los derechos sociales	122
2.3.1.1. Los derechos sociales como disposiciones político- programáticas	123
2.3.1.2. Los derechos sociales como disposiciones teleológicas.....	125
2.3.1.3. Los derechos sociales como deberes o mandatos objetivos	127
2.3.1.4. Los derechos sociales como derechos fundamentales subjetivos definitivos	128
2.3.1.5. Los derechos sociales como derechos <i>prima facie</i> (principios)	133
2.3.1.6. Los derechos sociales como principios y/o reglas	135
CAPITULO II: EFECTOS JURÍDICOS DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO INTERNO	140
1. LA POSITIVIZACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA PREOCUPACIÓN POR SU PROTECCIÓN	143

1.1. Definición de las bases	144
1.2. Construcción de los instrumentos	145
1.3. El alcance hermenéutico	151
2. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	154
2.1. Tipología de obligaciones estatales genéricas	155
2.1.1. Obligación de respeto y garantía de los derechos sociales	155
2.1.2. Obligaciones positivas y negativas	157
2.1.3. Obligaciones de conducta y de resultado	159
2.1.4. Obligaciones de cumplimiento inmediato y cumplimiento progresivo	160
2.1.5. Obligación de protección y cumplimiento	163
2.2. Obligaciones específicas.....	164
2.2.1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad	164
2.2.2. La obligación de no discriminación	170
2.2.3. Obligación de desarrollar el contenido esencial de los derechos sociales	172
2.2.4. Obligación internacional del Estado de adoptar medidas: el deber de legislar.....	176
3. RELACIÓN INESCINDIBLE ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS SOCIALES.....	180
TÍTULO III: LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS SOCIALES	184
CAPÍTULO I: CRITERIOS ESTRUCTURALES DE VINCULACIÓN.....	188
1. TEORÍA ESPACIAL ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TEA)	195
2. TEORÍA RELATIVA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TR).....	198
3. TEORÍA MIXTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TM).....	201
4. TEORÍA TEMPORAL ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TTA)	207
5. TEORÍA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	210
CAPÍTULO II: CONSTRUCCIÓN DEL CRITERIO HETEROGÉNEO: DIALOGO ENTRE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	211
1. EL PROBLEMA DE LA IDENTIFICACIÓN Y CONCRECIÓN DE CONTENIDOS DE DERECHOS SOCIALES.....	215
2. LA DETERMINACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE UN DERECHO FUNDAMENTAL: ¿JURISDICCIONAL O POLÍTICA?.....	217
2. LA COMPETENCIA PARA DEFINIR EL CONTENIDO ESENCIAL	219

3. LAS METODOLOGÍAS JURÍDICAS DE DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL.....	225
3.1. Una tendencia en España: aplicación de la teoría absoluta en la definición del contenido esencial.....	225
3.2. Críticas a las metodologías de determinación del contenido esencial	228
3.3. La teoría heterogénea una propuesta dogmática entre el principio democrático y la supremacía constitucional.....	231
3.3.1. La regulación constitucional expresa del contenido esencial.....	232
3.3.2. Identificación del contenido esencial a partir de normas de reenvío constitucional	235
SEGUNDA PARTE: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	246
TÍTULO I: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN EL CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL	257
CAPÍTULO I: EL CIMIENTO DEL CONTROL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA: LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	258
1. HACIA LA AFIRMACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	259
1.1. El proceso de transición de un Estado legislativo a un Estado constitucional.....	259
1.2. Hacia la construcción de la fuerza normativa de la Constitución.....	274
1.2.1. La dimensión normativa de la Constitución: los derechos fundamentales factor de legitimación de la democracia.....	275
1.2.2. La fuerza vinculante de la Constitución para el legislador	284
1.2.3. El concepto de omisión del legislador frente al orden constitucional	291
1.2.4. La necesaria redefinición conceptual del fenómeno de la omisión del legislador.....	295
2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE OBLIGACIONES POSITIVAS PARA EL LEGISLADOR	312
2.1. El legislador frente al deber de desarrollar la Constitución	312
2.2. La taxonomía normativa en el ordenamiento interno	316
2.2.1. Normas de eficacia directa o autoaplicativas	317
2.2.2. Normas de eficacia indirecta	319
2.2.3. Normas adscriptas de derecho fundamental por interpretación: una tipología normativa que suple la omisión legislativa.....	327
Conclusión capítulo I	344

CAPÍTULO II: EL OBJETO Y LA SANCIÓN DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	345
1. EL OBJETO DE CONTROL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL Y LA TIPOLOGÍA DE OMISIONES	347
1.1. El objeto del control de la omisión legislativa inconstitucional.....	348
1.1.1. Tesis obligacionista: la omisión inconstitucional como incumplimiento de un mandato	348
1.1.2. Tesis normativista: los efectos normativos implícitos de la omisión legislativa contrarios a la Constitución con capacidad de lesionar intereses legítimamente protegidos.....	360
1.2. Tipos de omisiones legislativas	378
1.2.1. Omisión legislativa absoluta u omisión del legislador	379
En otro pronunciamiento, la Corte precisó,.....	380
1.2.2. La omisión legislativa relativa u omisión de la ley	382
En ese orden de ideas, la omisión relativa se presenta cuando.....	384
1.3. Los efectos normativos de la omisión: riesgo de mutaciones constitucionales.....	385
1.3.1. Los problemas originados por la norma implícita: el peligro de cambios informales a la Constitución.....	386
1.3.2. Los efectos normativos de la omisión: un nuevo cauce idóneo para la mutación constitucional.....	392
2. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES Y LAS TÉCNICAS DE CORRECCIÓN ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES.....	396
2.1. Apologías teóricas de construcción de técnicas de corrección orgánico-procedimental frente a la omisión legislativa	399
2.1.1. Argumentos teóricos sobre la aplicación de técnicas de corrección	400
2.1.2. Posibilidades de control de las omisiones legislativas a partir de la redefinición de las fuentes formales del derecho en Colombia	407
2.2. Técnicas de corrección orgánico-procedimentales sobre la omisión	413
2.2.1. El tratamiento judicial de las omisiones legislativas en otros ordenamientos jurídicos	415
2.2.1.1. Técnicas de origen constitucional	415
2.2.1.1.1. Portugal (1976)	416
2.2.1.1.2. Brasil (1988).....	418
2.2.1.1.3. Hungría (1989).....	422

2.2.1.1.4. Angola (1992).....	423
2.2.1.1.5. Venezuela (1999).....	423
2.2.1.1.6. Ecuador (2008)	425
2.2.1.2. Técnicas de origen legal: el caso de Costa Rica.....	425
2.2.1.3. Técnicas de origen normativo de alcance local.....	426
2.2.1.3.1. Argentina.....	426
2.2.1.3.2. México.....	428
2.2.1.4. Técnicas de origen jurisprudencial.....	429
2.2.1.4.1. Alemania: entre las <i>Appellentscheidung</i> las <i>Unvereinbarkeitserklärung</i>	429
2.2.1.4.2. Italia: el fortín de las sentencias “ <i>doppia pronuncia</i> ”	436
2.2.1.4.3. España: un escudo de técnicas de corrección contra las omisiones inconstitucionales.....	442
2.3. Un repertorio de técnicas adoptadas por la jurisdicción constitucional colombiana: alcances y límites.....	455
2.3.1. Mecanismos de corrección orgánico-procedimentales en sede abstracta y su aplicación.....	455
2.3.1.1. Sentencias de exhortación o declaración de omisiones legislativas	458
2.3.1.2. Sentencias interpretativas o condicionadas en sentido estricto	461
2.3.1.3. Las sentencias integradoras o aditivas	466
2.3.1.4. Las sentencias de inexequibilidad diferida.....	474
2.3.2. Mecanismo de corrección orgánico-procedimental en sede concreta y su aplicación.....	481
2.3.2.1. La acción de tutela o la aplicación directa de la Constitución	481
2.3.2.2. El Estado de cosas inconstitucional: hacía la configuración de una acción de litigio estructural.....	484
TÍTULO II: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	496
CAPÍTULO I: EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR	496
1. La teoría de la irresponsabilidad del Estado por la función del legislador: una mirada al caso francés.....	497
2. El abandono de la teoría de la irresponsabilidad del Estado legislador.....	502

2.1. La responsabilidad del Estado-legislador en España: un importante predominio del derecho reglado con una puntual y polémica intervención judicial	503
2.2. La responsabilidad del Estado legislador en Francia: una discreta intervención del derecho positivo y una fuerte participación jurisprudencial.....	510
2.3. La responsabilidad del Estado-legislador en Colombia: una inserción de responsabilidad legislada antes y después de la Constitución de 1991 con un importante desarrollo jurisprudencial	514
2.3.1. Antes de la Constitución de 1991: responsabilidad estatal de origen mixto	514
2.3.2. A partir de la Constitución de 1991: hacia una responsabilidad del Estado-legislador de raigambre jurisprudencial	517
CAPÍTULO II: EL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO.....	520
1. La vulneración de la confianza legítima por omisión de desarrollo de mandatos al legislador como fundamento de la responsabilidad estatal	521
1.1. Responsabilidad extracontractual del Estado-legislador por defraudación de la confianza legítima: el caso de la vulneración de expectativas legítimas de desarrollo normativo.....	535
1.2. La construcción del test del principio de confianza legítima frente a encargos de desarrollo normativo	539
2. El debate sobre la relación causal en la conducta omisiva del legislador.....	544
CONCLUSIONES.....	555
BIBLIOGRAFÍA.....	567

R E S U M E N

EL CONTROL DE LA OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO COLOMBIANO

En el Estado constitucional contemporáneo es consustancial el carácter democrático y social, y de allí la importancia iusfundamental que adquieren, en especial, los derechos sociales. En esta dirección, uno de los grandes desafíos a enfrentar es cómo garantizar que las diversas formulaciones de derechos vinculen a todos los poderes públicos y adquieran eficacia real. En relación con el legislador, la discusión se centra en dilucidar sobre cuáles son los alcances y límites del principio democrático, sin que se vulnere el principio de supremacía constitucional, para la realización de los derechos. La superación de esta tensión reside en el reconocimiento de un núcleo esencial de los derechos que a su vez puede generar posiciones subjetivas, definitivas y vinculantes frente al poder público, y una esfera externa que responde a una necesidad técnica de desarrollo legislativo.

El problema se presenta cuando la falta de desarrollo legislativo aplaza indefinidamente la concreción y eficacia plena de los derechos. Si bien el control político democrático ha sido la respuesta natural, ante su inoperancia, es preciso construir y fortalecer garantías complementarias de naturaleza jurídica, toda vez que se trata del incumplimiento de claros mandatos de legislar cuya fuente puede provenir tanto del orden constitucional como del derecho internacional.

La respuesta a esta problemática se funda en el reconocimiento de dos grandes dimensiones de control judicial: un control abstracto y preventivo de las omisiones absolutas y relativas en cabeza de la justicia constitucional y, otro, de carácter reparador frente a posibles daños antijurídicos particulares y concretos, ejercido por la justicia contencioso administrativa

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes desafíos del constitucionalismo contemporáneo es, sin duda, la plena vigencia y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales¹ (en adelante derechos sociales²). Además, es un imperativo ético, político y jurídico prescrito por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, bajo la égida del fundamento general de los derechos humanos fundamentales: la dignidad de la persona humana, principio superior que determina la actividad del Estado.

La presente investigación tiene la pretensión de demostrar que las obligaciones estatales derivadas del ordenamiento jurídico, provenientes tanto del derecho constitucional interno como del derecho internacional, orientadas al respeto, garantía y protección de los derechos sociales se configuran como requisitos *sine qua non* de la consolidación del Estado constitucional. Si bien en el Estado liberal clásico la concepción de la dignidad humana se proyectaba exclusivamente sobre esferas inmunes a la actividad estatal, en donde frente al individuo se trazaba una frontera infranqueable en relación con el poder público, en el paradigma del Estado constitucional esta versión es insuficiente, porque el desarrollo pleno de los derechos fundamentales en sus diversas manifestaciones depende del

¹ Según Ferrajoli, el futuro del Estado Constitucional está marcado por tres grandes retos: 1) El constitucionalismo global o cosmopolita, en donde el Estado constitucional abandona su clásica connotación territorial para convertirse en uno con influencia global; 2) El constitucionalismo de igualdad, que se manifiesta en el deber del Estado constitucional de diseñar mecanismos de garantía de los derechos sociales equiparables al constitucionalismo de libertad; y 3) Un constitucionalismo de derecho privado, en donde se haga valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones Estado-gobernados, sino también entre particulares (efecto horizontal). FERRAJOLI, Luigi, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 371- 381.

² La distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, es atribuida a Theodor H. Marshall. Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, N° 15-16, Vol. II, 1994, p. 651. En la investigación se hablará de derechos sociales bajo el entendido que la expresión abarca tanto los derechos propiamente dichos como los derechos económicos y culturales; esta denominación se encuentra generalizada en la doctrina contemporánea.

concurso activo del Estado. De esta manera, se plantea al espacio del derecho un problema de gran importancia, toda vez que si bien es claro que la protección de la dignidad humana se ha convertido en la razón fundamental de los derechos y en general del ordenamiento jurídico, las obligaciones normativas estatales en relación con los derechos sociales se tornan complejas y de cumplimiento incierto, habida consideración que estos derechos tradicionalmente han sido sometidos a posiciones que controvierten su naturaleza y exigibilidad jurídicas y, en consecuencia, interpretados y aplicados como derechos inacabados, secundarios, precarios y de naturaleza política indefinida³. Esto ha conllevado a que los derechos sociales queden sometidos al principio de libre configuración legislativa, esto es, encuadrados como derechos programáticos, sin que se reconozca un vínculo jurídico fuerte del legislador con ellos, a diferencia de los derechos clásicos civiles y políticos (en adelante derechos de libertad). En este sentido, se han considerado derechos de tutela genéticamente debilitada, es decir, no susceptibles de protección judicial

³ Según Pisarello y Gargarella constituyen percepciones erradas, fundadas en la lógica dicotómica de subordinación de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos, las siguientes: 1) Percepción generacional de los derechos: Se considera que los derechos sociales son una generación posterior a los derechos liberales, en la medida que fueron derechos positivizados de manera tardía en la segunda mitad del siglo XX. 2) Percepción filosófica normativa: se refiere a la fundamentación de los derechos sociales, según la cual éstos son apreciados como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos, por encontrarse más lejanos al valor de la dignidad humana. 3) Percepción teórica: Los derechos sociales son derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos, y de un grado mayor de indeterminación normativa, lo cual incide de manera directa y determinante en sus posibilidades de protección. 4) Percepción dogmática: Bajo este supuesto los derechos sociales no son auténticos derechos fundamentales, habida cuenta que no poseen garantías o mecanismos de tutela similares a los derechos liberales. 5) Percepción errada de la democracia: Se afirma que si el poder judicial protege derechos sociales no desarrollados por el legislador, se estaría violentando el principio democrático. A la luz de esta orientación, el desarrollo legal de los derechos constitucionales, en especial de los derechos sociales, es un requisito determinante y excluyente para su efectiva protección. La crítica a estas posiciones será presentada en el desarrollo de esta investigación. Cfr. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p.11 a 18 y GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?” en *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, M. Alegre y R. Gargarella (coords.), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 121-144.

efectiva, ni menos la posibilidad de ser reparados a través de una técnica de sanción.

En efecto, esa dicotomía teórica entre derechos de libertad y derechos sociales, ha contribuido a justificar una protección jurídica débil de los segundos. Sin embargo, dicha ecuación de diferenciación entre derechos de libertad de carácter negativo, concretos, autosuficientes y, por lo tanto, de eficacia directa e inmediata, frente a derechos sociales de carácter positivo o prestacional, indeterminados, incompletos y, por ende, de indispensable interposición legislativa, es el resultado de una transición fallida del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional; en este último modelo los derechos fundamentales en su conjunto están llamados a ser garantizados no solo mediante la omisión u abstención del poder público, sino de manera preponderante mediante la acción positiva estatal. Es más, pese a la evolución del paradigma de supremacía constitucional, cuya expresión más importante se concreta en las normas constitucionales de derechos fundamentales sin exclusiones (derechos de libertad, sociales y aún colectivos), ha hecho carrera una noción de derechos sociales subordinada axiológica y dogmáticamente a la supremacía de los derechos liberales clásicos⁴, lo cual está en contravía con el reconocimiento que el derecho internacional ha realizado sobre los derechos humanos en su conjunto como universales, inalienables, interdependientes e indivisibles⁵ y que exigen una tutela judicial efectiva,

⁴ Cfr. AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José, “El fundamento de los derechos sociales: la igualdad y la libertad”, en M. J. Añón Roig y J. G Añón (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 115-149.

⁵ Ver entre otros: Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968, Declaración Solemne No. 13: “*Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social*”; Declaración y programa de acción de Viena en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 A 25 de junio de 1993, numeral 5: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y*

toda vez que no existen diferencias estructurales que justifiquen un tratamiento disímil entre las diversas manifestaciones de derechos.

Por otra parte, en el constitucionalismo contemporáneo y, concretamente, en el modelo de Estado constitucional, los derechos sociales tienen la potencialidad de convertirse en plenos derechos subjetivos de carácter fundamental, como ha sucedido con los derechos libertades, toda vez que su validez superior es consecuencia directa, por un lado, de su formulación positiva internacional como derechos humanos (categoría propia del derecho internacional público, al estar consagrados en diversos tratados internacionales⁶) y, por otro, su reconocimiento paulatino como derechos fundamentales (categoría propia del derecho constitucional contemporáneo) con base en el principio de igualdad sustancial. Desde una perspectiva teórica y dogmática, dicho principio ha contribuido a convertir a los derechos sociales en uno de los bastiones del Estado constitucional. En ese orden de ideas, su alto grado de importancia desde el punto de vista del derecho internacional y constitucional contemporáneos, asegura en las democracias constitucionales su imperativa vinculación en relación con todos los poderes públicos y, en especial, con el legislador, quien es en primer término el más llamado a garantizarlos dado de su carácter general prestacional. Aquí surge un problema relevante: ¿cuáles son los criterios de vinculación de los derechos sociales en relación con el legislador?, ¿es posible visualizar los alcances y los límites del principio democrático, sin vulnerar el principio de supremacía constitucional?, ¿es posible identificar y concretizar un contenido mínimo esencial y un contenido no esencial de los derechos

equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

⁶ Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”.

constitucionales y los grados de vinculación que esto genera? Este es el tema central de la primera parte de la investigación.

Igualmente, otra problemática relevante tiene que ver cuando la validez superior normativa de los derechos sociales no se ve reflejada en el ámbito de la eficacia. Sucede que en relación con el legislador el grado de vinculación de los derechos de libertad ha sido tradicionalmente mayor frente a los derechos sociales, a pesar de no existir diferencias estructurales como categorías jurídicas de orden constitucional e internacional. En realidad, los derechos sociales afrontan más problemas de eficacia que de validez, y uno de los grandes obstáculos para su plena realización es la omisión legislativa, la cual obstaculiza su concreción y protección efectivas tanto a nivel administrativo como judicial. En efecto, el fenómeno más visible de la inobservancia de los derechos sociales se concreta cuando el legislador, pese a mandatos imperativos de desarrollo constitucional, permanece pasivo y compromete con ello la vigencia real de los mismos.

Lo anterior, permite visualizar las grandes preguntas que la investigación se plantea en la segunda parte del trabajo:

- ¿La inercia legislativa en torno a los derechos sociales viola el principio de supremacía constitucional, puesto que del silencio se derivan efectos normativos contrarios a la Constitución?
- ¿Es posible afirmar que la omisión legislativa produce efectos normativos implícitos contrarios al ordenamiento jurídico que, finalmente, desarticula las tramas de control constitucional y genera un comportamiento de exclusión judicial?
- ¿La omisión legislativa puede catalogarse como una omisión inconstitucional, cuando al prolongar los efectos preconstitucionales produce un efecto indeseable de sustitución de ley fundamental?

- ¿Qué tipo de controles tiene que desarrollar el Estado constitucional para garantizar la eficacia de los derechos sociales, respetando a su vez los principios democrático y de supremacía constitucional?

- ¿Es posible que se produzca un fenómeno de responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado por daños antijurídicos causados por la omisión legislativa?

Si bien la investigación se inserta en el contexto general de la teoría jurídica y la dogmática, se ha escogido un campo específico de análisis que es el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto es significativo el hecho según la nueva Carta Fundamental que empezó a regir en 1991 proclama la existencia de un Estado constitucional, social y democrático, y que reconoce de manera expresa a los derechos sociales como posiciones jurídicas de alto grado de importancia y, sin embargo, la eficacia jurídica en el plano de la realidad es altamente cuestionada y problemática. Más allá de las particularidades y especificidades de la situación política, social y de conflicto armado que afronta la nación colombiana, lo que interesa es dilucidar cuál es la situación de los derechos constitucionales en un contexto específico, con lo cual se pretende brindar algunos elementos de análisis para el estudio general de la problemática, que es propia de un nuevo modelo de orden constitucional.

Por último, es relevante señalar que la plena vigencia de los derechos fundamentales, en especial los sociales, en el Estado constitucional, social y democrático de derecho, depende principalmente de la acción de los poderes políticos, pues son los llamados a protegerlos, a respetarlos y a garantizarlos, y una tutela efectiva, cuando es necesaria, se produce a través del desarrollo legislativo. De allí la importancia de enfrentar el problema de la inacción legislativa con el diseño y desarrollo de

garantías⁷ institucionales y jurisdiccionales, que promuevan una convergencia entre los principios democrático y de supremacía constitucional, en orden a perfilar los límites negativos y los vínculos positivos de los poderes públicos en relación con los derechos fundamentales. Este es el gran desafío de nuestra época.

PRIMERA PARTE: LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORANEO

“La dinámica del Estado de bienestar descansa sobre un programa ilimitado: liberar a la sociedad de la necesidad y del riesgo.”

Pierre Rosanvallon⁸

Uno de los retos cardinales del Estado constitucional es la efectividad de los derechos sociales, por cuanto ellos constituyen una de las bases más importante para la consolidación de un régimen democrático incluyente, participativo y legítimo⁹ y, especialmente, para el desarrollo del proyecto de vida de toda persona humana en condiciones de dignidad. En consecuencia, la vigencia de los derechos sociales es uno de los cimientos de la ciudadanía democrática en el Estado constitucional. Empero, pese al carácter garantista del Estado constitucional, como paradigma de un nuevo modelo de Estado, sus desarrollos institucionales no han sido suficientes para garantizar y proteger la plena vigencia de los

⁷ “La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho.” COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (editor), Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007, p. 33.

⁸ ROSANVALLON, Pierre, *La crise de l'Etat-providence*, Ed. du Seuil, Paris, 1981, p. 33.

⁹ Según Böckenförde, “[e]l fin de la legitimación democrática no es otro que poner en marcha y asegurar una influencia efectiva del pueblo en el ejercicio del poder del Estado”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 56.

derechos sociales por parte de los poderes públicos, sobre todo en los países en vías de desarrollo. El constitucionalismo social es aún deficitario. Al respecto, existen posiciones teóricas importantes que aducen que esta clase de derechos no pueden llegar a erigirse en derechos fundamentales subjetivos¹⁰, que las normas que los consagran son simples recomendaciones legislativas y que el parlamento bajo la égida del principio democrático tiene la autonomía de desarrollar a su arbitrio, según criterios de oportunidad y conveniencia, el Estado social y en concreto los derechos sociales.

Para debatir estas posiciones, la primera parte de la investigación defiende tres ideas principales: En primer lugar, el carácter consustancial de los principios de derecho, social y democrático del paradigma del Estado constitucional. En segundo lugar, el carácter subjetivo y iusfundamental de los derechos sociales con base en los desarrollos normativos y jurisprudenciales del derecho constitucional e internacional contemporáneos. Y, en tercer lugar, un criterio de vinculación heterogéneo en relación con los poderes públicos, en general, y con el legislador, en particular, al cumplimiento imperativo de sus deberes de protección, respeto y garantía de los derechos sociales.

TÍTULO I: EL CARÁCTER SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El presente título pretende demostrar que la cláusula Estado social y democrático de derecho condensa principios inescindibles del Estado constitucional contemporáneo, que por su alto grado de importancia normativa goza de plenos efectos jurídicos vinculantes en relación a los

¹⁰ Atria en un trabajo muy provocador titulado “¿Existen derechos sociales?”, plantea en su presentación: “Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusiones debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos.” ATRIA, Fernando, *Doxa, Discusiones: Derechos sociales*, N° 4, 2004, p. 15.

poderes del Estado, y que justifica el reconocimiento y eficacia plena de los derechos fundamentales, en especial los de contenido social, económico y cultural. Para sustentar esta afirmación se analiza, en primer lugar, la evolución del Estado social a través de su génesis, el cambio de paradigma y estructura de la cláusula, lo cual permite señalar que los principios social y democrático de derecho son consustanciales al Estado constitucional, es decir, sin la convergencia de los mencionados componentes no se puede hablar *stricto sensu* de dicho modelo de Estado. Así las cosas, se analiza su interacción recíproca, las relaciones que existen entre estos principios y la necesidad de su existencia material y no solamente formal para hablar en serio de un Estado constitucional. En segundo lugar, se aborda el estudio de la naturaleza jurídica de la cláusula Estado social de derecho con el fin de determinar su fuerza jurídica vinculante, su impacto en el constitucionalismo contemporáneo y se acude, a manera de ejemplo, al caso colombiano para demostrar que, pese a la incorporación tardía de la cláusula del Estado social de derecho en la Constitución de 1991, esta positivización ha suscitado importantes avances en cuanto al desarrollo de un Estado constitucional democrático, por cuanto ha dotado a dicha cláusula de relevancia normativa en orden a vincular jurídicamente a todos los poderes públicos a sus directrices y fines.

CAPÍTULO I: DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

El presente capítulo analiza el proceso de desarrollo del Estado social de derecho como paradigma de Estado constitucional, para sostener la idea según la cual en el constitucionalismo contemporáneo los principios social y democrático de derecho son consustanciales a dicho modelo de Estado. Para tal efecto, se analiza la génesis del Estado social de derecho, el cambio de paradigma de Estado legislativo a Estado constitucional y la estructura de la cláusula, a fin de arribar a la conclusión de la inherencia

de la cláusula Estado de derecho social y democrático al Estado constitucional.

1. GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL

El surgimiento del Estado social de derecho no es ajeno al proceso histórico del Estado constitucional contemporáneo, por cuanto es en su ámbito donde la cláusula social encuentra el terreno propicio para su desarrollo. De ahí la importancia de dilucidar *ab initio* cuáles han sido las transformaciones de las tipologías estatales, para entender el contexto en donde surge el Estado social de derecho.

Bajo la óptica de Ferrajoli¹¹, el Estado de derecho ha tenido tres paradigmas históricos, a saber: i) El Estado premoderno (derecho natural); ii) el Estado legislativo de derecho (derecho positivo); y iii) el Estado constitucional de derecho (neopositivismo). En el Estado premoderno, el aparato estatal no tenía aún el monopolio de la producción jurídica y, por ende, la formación de las normas de derecho no era solo legislativa, sino fundamentalmente jurisprudencial y doctrinal¹². Por consiguiente, la validez de este tipo de “derecho natural” no dependía de la fuente de producción, sino de su correspondencia a la racionalidad o justicia de sus contenidos (fundamento iusnaturalista de la validez del derecho). Con el advenimiento del Estado legislativo de derecho (paradigma positivista) nació el Estado moderno y acaparó el monopolio de la producción jurídica. Así, la fuente del derecho se centralizó y las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas se afirmaron a través del principio de legalidad, como criterio único de identificación del derecho válido, al

¹¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

¹² Según Ferrajoli, “no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes- el imperio, la iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones-ninguno de los cuales tenían el monopolio de la producción jurídica”. *Idem*, p. 15.

margen de su valoración como justo o racional (fundamento positivista de la validez del derecho). Posteriormente, surgió el Estado constitucional de derecho caracterizado por “la subordinación de la legalidad misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad– a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez”¹³. En este modelo, las condiciones de validez no solo se circunscriben a la constatación del principio de legalidad, es decir, no es suficiente la verificación de la fuente de producción normativa, sino que también se requiere la coherencia de los contenidos legales con los principios constitucionales. Así, mientras que en el paradigma premoderno la validez y legitimidad de una disposición se asociaba a la idea de justicia, en el Estado legislativo se asociaba a la fuente de producción, y ahora en el paradigma constitucional de derecho, la validez de una norma depende de su coherencia sustancial y no contradicción con las normas constitucionales, esto con el fin de limitar el poder de las mayorías y asegurar la supremacía y vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales.

La idea de Estado social¹⁴, en primer lugar, empezó a edificarse con las múltiples reformas planteadas por los Estados legislativos de derecho, que repensaron y revisaron sus obligaciones para con sus ciudadanos ante los abusos y desprotección social del Estado liberal clásico y con el fin de responder desde la óptica de la democracia liberal a las demandas de bienestar social, a través de la intervención del Estado en la economía y en las relaciones de producción, buscando ciertos niveles de progreso

¹³ *Ídem*, p.18.

¹⁴ Según Meil Landwerlin, “[l]a fórmula concreta «Estado social de Derecho» (ESD) no aparece como tal hasta el turbulento período de la República de Weimar y concretamente de la pluma del teórico del Estado de orientación socialista Hermann Heller en un famoso artículo titulado «Rechtsstaat oder Diktatur?» (1930), en el que el Estado de Derecho (ED) aparece formulado como ESD por oposición a la visión liberal, considerada de forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias del Estado, fueran de origen nacionalsocialista o bolchevique”. Cfr. MEIL LANDWERLIN, Gerardo, “El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en *Revista de Estudios Políticos*, 42, 1984, p. 211.

general. En segundo lugar, con las exigencias de positivización de los derechos sociales que paulatinamente fueron adquiriendo reconocimiento iusconstitucional. Y, en tercer lugar, con la adecuación del modelo económico que abogó por un “capitalismo social”, en donde conflúan “principios que unen democracia política con derecho al bienestar económico, social y cultural, creando la convención de la economía mixta: pública y privada a la vez”¹⁵.

Pese a que no existe un acuerdo doctrinal sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que nace el Estado social, puede afirmarse que este modelo en sus inicios fue una respuesta político-jurídica a las dificultades económicas y sociales que tuvieron que afrontar los Estados de derecho de corte liberal clásico principalmente en Europa. De esta manera, las agudas contracciones de la economía capitalista, el proceso de industrialización, el auge de los sindicatos, la protesta social, la ausencia estatal para cubrir necesidades básicas, los estragos de las guerras mundiales, las críticas socialistas y luego el desafío de los Estados comunistas, fueron causas que conllevaron a la decadencia del Estado liberal clásico y al surgimiento del Estado social, bajo el entendido que el aparato estatal debía intervenir en los procesos económicos para solventar prestaciones que antes eran monopolio exclusivo del mercado¹⁶

¹⁵ ALONSO, Luís Enrique, “Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación”, en M. Pérez Ledezma (comp.), *Ciudadanía y democracia*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000, p. 165. Para Vanossi, el constitucionalismo social surgió con la incorporación de cláusulas de contenido económico y social a los instrumentos constitucionales. De esa manera, “con el transcurso del tiempo, quedaría registrada una doble transformación a nivel del Estado y de los derechos de las personas: esa doble transformación consistía en el tránsito del Estado abstencionista al Estado intervencionista, por un lado, y en la complementación de los derechos sociales, por el otro”. VANNOSI, Jorge Reinado A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, tercera edic., 2000, p. 539.

¹⁶ Según Beatriz González “La constitución del Estado social se justifica, históricamente, en el intento de remediar la desigualdad material de los ciudadanos, sometidos a las tercas leyes del mercado, que generan profundas desigualdades sociales”. GONZALEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38.

y reconocer obligaciones básicas en lo social y sus correspondientes derechos.

Así, entre las principales razones del nacimiento del Estado social, se encuentran:

1. El extenso espacio de necesidades insatisfechas que los individuos y grupos sociales no estaban en capacidad de atender efectivamente, por lo cual se demandó la acción del Estado.
2. Los movimientos sociales y políticos que presionaron reivindicaciones frente a un contexto limitado de los derechos liberales.
3. Los cambios constitucionales influenciados por las transformaciones históricas, económicas, jurídicas y políticas en las democracias occidentales.

Desde el punto de vista ideológico, la justificación del nacimiento del nuevo modelo de Estado ha sido controversial. Según Carbonell¹⁷, el surgimiento del Estado social nace gracias a corrientes pluralistas y marxistas, y estas, a su turno, en funcionalistas y conflictualistas:

En cuanto a las pluralistas-funcionalistas, el Estado social nace como contestación a necesidades objetivas causadas por la modernización social y económica. Es decir, para ajustarse a la evolución y requerimientos del sistema económico y a la especialización y migración de trabajadores. En otro sentido, las justificaciones pluralistas-conflictualistas informan que el Estado social es el corolario de variantes políticas de sectores económicamente más desfavorecidos, generada por la consolidación del sufragio universal y el afianzamiento de las organizaciones sindicales.

¹⁷ CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 174 a 175.

Por su parte, las justificaciones marxistas-funcionalistas señalan que el Estado social es el producto de demandas del capitalismo maduro; estos requerimientos son, entre otros, el fortalecimiento de la fuerza de trabajo e integrar los movimientos sociales y particularmente el obrero al esquema capitalista de producción con el propósito de evitar la revolución. En cuanto a las tendencias marxistas-conflictualistas, el Estado social es el fruto de victorias del proletariado y constituye un resultado de la lucha de clases¹⁸.

Baldassare precisa que, “[e]n el curso del medio siglo comprendido entre los años 80 del siglo XIX y los años 30 del XX, casi todos los Estados de origen liberal realizaron las principales reformas legislativas y sociales que representaron las premisas esenciales para la institución de un moderno “Estado social”¹⁹. La edificación de este modelo de Estado y la positivación de los derechos sociales, como su característica más dicente, no tienen una huella ideológica específica, sino que representan una respuesta en términos de modernización de cara, principalmente, a dos fenómenos: la industrialización y la democratización de los procesos de decisión.²⁰ Por lo tanto, “el Estado social es la respuesta político constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva producto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales; la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado; la inestabilidad de valores implícita en las dinámicas culturales; ritmos acelerados de

¹⁸ Según Marx los derechos laborales tan sólo representaban un triunfo táctico de la clase obrera, toda vez que partían del reconocimiento del sistema capitalista de producción y del derecho del empresario de apropiarse de la plusvalía del trabajo. La verdadera liberación se produciría en el comunismo. Cfr. MARX, C., “Crítica al programa de Gotha”, en C. Marx y F. Engels, *Obras Escogidas, Tomo III*, Editorial Progreso, Moscú, 1981, pp. 5-27.

¹⁹ BALDASSARE, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. S. Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 23.

²⁰ *Ibid.*, p. 26.

desarrollo en las condiciones de vida y el incremento para los individuos del riesgo de abandono por parte de lo social”.²¹

Es importante señalar que el surgimiento del Estado social de derecho no puede ser confundido con la adopción de acciones o políticas estatales destinadas a paliar situaciones sociales de necesidad, ni con la aparición de los derechos sociales, pues eso llevaría al equívoco de considerar, por un lado, que toda acción social o preocupación estatal por el bienestar de los asociados era ya un antecedente del modelo y, por otro, que es suficiente la consagración formal de los derechos sociales para que surja el Estado social. Al respecto, es preciso afirmar que el presupuesto esencial del Estado social de derecho es la imperativa vinculación de todos los poderes públicos a la realización del bienestar social y de todos los derechos fundamentales, no como un simple fin programático, sino como un verdadero mandato jurídico constitucional encaminado a erradicar las injusticias imperantes en la estructura social. En este sentido, “al Estado compete salvaguardar los valores constitucionales, superar racionalmente los conflictos sociales, compensar los intereses individuales y de grupo, proteger a los necesitados y prever los problemas del porvenir”²²

En suma, el Estado social de derecho nació como producto de profundas revisiones en las concepciones económicas, políticas, sociales y jurídicas del modelo de Estado liberal clásico. En este orden de ideas, el Estado social de derecho es un nuevo paradigma de modelo estatal (de cara al Estado de derecho legislativo) resultante del constitucionalismo de la segunda postguerra, el cual tiene amplias repercusiones en todo el funcionamiento del Estado, el ordenamiento jurídico y la sociedad, por cuanto no solo busca la garantía formal de los derechos, esto es la

²¹ *Ibid.*, p. 27.

²² BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Hiede, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, p. 557.

igualdad frente a ley, sino fundamentalmente la realización material de sus contenidos.

2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL ESTADO LEGISLATIVO CLÁSICO AL ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL

El Estado social de derecho, fórmula jurídico política presente ya sea de manera explícita o implícita en la mayoría de las constituciones democráticas de occidente, constituye un modelo de Estado que se estructuró y consolidó históricamente (como un nuevo paradigma), con el fin de responder a las falencias e insuficiencias del Estado de derecho clásico de corte liberal, las cuales se hicieron manifiestas en las demandas y reivindicaciones sociales de grupos y sectores desprotegidos en sus condiciones materiales de vida. La constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales responden a dichos propósitos y fines.

El Estado liberal clásico de carácter marcadamente individualista y formal²³ se caracterizó principalmente por: 1) Someter el poder a los términos del derecho con el objeto de controlar su ejercicio arbitrario; 2) Situar a la ley con el carácter de general, abstracta e impersonal como máxima expresión de la soberanía popular; 3) Otorgarle a la ley en el sistema de fuentes la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico; 4) Separar tajantemente el derecho de la ética y la moral; 5) Condicionar la validez del derecho a requisitos de forma. Empero, pese a que este modelo impuso límites importantes a la potestad estatal, produjo una supremacía política y jurídica del poder legislativo que conllevó a que el objetivo esencial de restringir el abuso del poder o su ejercicio arbitrario fuese ineficaz, ya que los parlamentos tenían la potestad absoluta de

²³ Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 4ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1991, p. 22. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 29 y ss.

modificar a su arbitrio los contenidos normativos que los limitaban²⁴. En suma, el Estado legislativo de derecho fue incapaz de asegurar la intangibilidad de valores y principios esenciales de la sociedad y del ordenamiento jurídico²⁵ (afectados por los procesos políticos ordinarios), lo que generó la necesidad de un nuevo modelo con un sistema normativo superior, vinculante, estable e indisponible para mayorías políticas coyunturales.

Si bien no se puede desconocer que el Estado legislativo liberal clásico constituyó un avance significativo en la protección de la sociedad, frente al ejercicio arbitrario o abusivo del poder público, al sentar las bases para la garantía y respeto efectivo de los derechos y libertades individuales a través de la ley, fue históricamente insuficiente para responder a los grandes desafíos de la compleja y problemática estructura social²⁶ y política, y a la eficacia del derecho legislado como límite del poder.

Cada vez se hizo más evidente que la sociedad presentada por la ideología liberal como homogénea, libre e igual, en realidad no lo era, pues se trataba de una estructura social heterogénea, fragmentada, compleja, con diversas concepciones del mundo y de la vida, y con graves desigualdades materiales. En efecto, a la par con la consolidación de la burguesía como clase dominante, se fue haciendo más visible una nueva formación social, el proletariado, conformado principalmente por los

²⁴ En contraste, el papel del juez como garante de derechos fue precario, toda vez que la garantía de los derechos fundamentales (limitados a los de carácter civil y político) era formal y no material, lo que conllevó a que la jurisprudencia fuera una fuente débil del derecho.

²⁵ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

²⁶ Los padres del liberalismo visualizaron al Estado “como un conjunto de instituciones políticamente neutrales y ajenas a otras fuerzas sociales. El Estado es necesario para crear, definir y reforzar el marco regulador en el que operan las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales.” PICO, Josep, *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, 2ª edic., Siglo XXI, Madrid, 1990, p. 4. De tal manera que la neutralidad y pasividad estatales eran consideradas como la mejor garantía para el disfrute y ejercicio de sus libertades, especialmente económicas. En realidad se trató de una fuerte intervención estatal a favor de la propiedad, de allí el gran desarrollo del derecho privado en el siglo XIX.

trabajadores de la industria de las grandes ciudades, cuya única forma de subsistencia era su fuerza de trabajo; sus condiciones de vida eran en extremo precarias, en comparación con la prosperidad y acumulación de capital de la burguesía. El gran desarrollo de la sociedad industrial condujo a la separación prácticamente absoluta de los individuos de sus condiciones de subsistencia, su relación directa con la naturaleza, en consecuencia, vinieron a depender cada vez más de las relaciones económicas para la satisfacción de sus necesidades vitales²⁷. El descontento y la presión de los sectores sociales desprotegidos, alimentado por la crítica filosófica y política de las corrientes socialistas, produjeron cambios significativos, primero, en una ampliación democrática de los derechos de participación política (sufragio universal) y de asociación y, luego, en la redefinición del Estado en sus relaciones con la sociedad.

Frente a la doctrina marxista que propugnaba por la transformación radical de las fuerzas y relaciones sociales de producción capitalistas hacia un nuevo orden comunista, corrientes socialistas moderadas, liberales progresistas y movimientos sindicalistas democráticos, impulsaron y presionaron importantes reformas al Estado para que intervenga activamente en las relaciones inequitativas de la sociedad²⁸; esto se produjo en especial ante los desafíos de la grave crisis capitalista de 1929

²⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 10, 1984, p. 161.

²⁸ Al respecto Bernstein afirmó: "La socialdemocracia no puede ansiar ni confiar en el cercano derrumbe del sistema económico existente si lo piensa como el producto de una espantosa gran crisis comercial. Lo que ella debe hacer, y ésta es una buena tarea a largo plazo, es organizar políticamente a la clase obrera y formarla para la democracia y la lucha en el Estado por todas las reformas conducentes a elevar a la clase obrera y a transformar al Estado en el sentido de la democracia ..." Citado por G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1999, p. 43.

y la necesidad de un nuevo tipo de Estado tras la segunda guerra mundial²⁹.

Con el impulso de estos hechos y de estas ideas, se fue fraguando el concepto de Estado social de derecho bajo la influencia de grandes pensadores como Heller³⁰, de los Ríos y Laski, en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho, y Keynes, en el campo económico³¹.

El modelo del Estado social³² fue diseñado con el objetivo de llevar a cabo diversas reformas por las vías democráticas e institucionales, destinadas a crear las condiciones necesarias para el logro de relaciones sociales y económicas más justas, pues se reconoció que las denominadas leyes espontáneas del mercado no estaban dirigidas a asegurar la prosperidad

²⁹ Según Rosanvallon, las crisis de la humanidad han constituido períodos de prueba que han producido una reformulación más o menos explícita del contrato social. Afirma que la guerra es una experiencia particularmente significativa; al respecto señala: "Si el Estado-providencia se reafirma y se extiende en la experiencia del conflicto armado, es porque parece como si la sociedad volviera a sus orígenes imaginarios, a la formulación del Pacto social. El cambio simbólico del contrato original entre los individuos y el Estado se reafirma en estos períodos. La deuda de protección contraída por el Estado se anuncia en estos momentos de manera más visible (véase, por ejemplo, todo el problema de la deuda contraída con las víctimas de la guerra, que ha jugado un papel histórico decisivo en la constitución de los sistemas de protección social)." ROSANVALLON, Pierre, *La Crise de l'Etat-providence*, cit., pp. 28-30.

³⁰ En el ámbito doctrinal, fue Heller el primero que acuñó la expresión Estado social de derecho a partir de 1929. Cfr. HELLER, Herman: *Escritos Políticos*, trad. S. Gómez de Arteche, Alianza, Madrid, 1985.

³¹ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1999, p. 51 y ss. Sin embargo, es preciso señalar que algunos autores alemanes como Böckenförde, Roman Schnur y K.H. Kastner, coinciden en señalar que los orígenes de la teoría del Estado social se encuentra en el pensamiento reformista conservador del siglo XIX y de manera especial en la obra de Lorenz von Stein. Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 10, 1984, p. 162; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª. edic., Alianza, Madrid, 1985, pp.14-16.

³² Como señala Ma. Dolores González, "la admisión de que el Estado ha de ser social, de que ha de inmiscuirse en la vida de la sociedad, y no solamente protegerla, supone una clara renuncia a la noción de la autosuficiencia de las fuerzas espontáneas de la sociedad para mantener unas condiciones mínimamente aceptables". GONZÁLEZ AYALA, Ma. Dolores, "El Estado social en España", en AA.V.V., *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 180.

general y la estabilidad económica y social, como afirmaban los economistas liberales clásicos, sino que respondían a lógicas contrarias de acumulación de capital y de provecho individual³³.

Desde esta perspectiva, se consideró que el Estado se encontraba legitimado para intervenir en la economía capitalista en orden a corregir el defectuoso e injusto funcionamiento del mercado y, de esta manera, debía reorientar las relaciones capital-trabajo, regular el volumen de inversiones aumentando el gasto público y los ingresos fiscales para generar empleo, consumo, ahorro y nuevamente inversión; convertirse en organizador, impulsor y gestor directo de servicios públicos que el sector privado no estaba en capacidad de hacerlo o no le eran rentables y, aún más, monopolizar determinados renglones de la producción, distribución y comercio, por interés nacional³⁴; desde el punto de vista económico, los objetivos del Estado social se hicieron compatibles con el llamado Estado de bienestar o *Welfare State*³⁵.

³³ “En definitiva, el Estado social es un intento de superación del liberalismo individualista y de la reducción –en nombre del individuo- de las relaciones interpersonales a relaciones puramente mercantiles o dinerarias, caracterizadas por la indiferencia recíproca a la que conducen...” GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, José, “La justificación del Estado de bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, en V. Theorio y F. Prieto (dirs.), *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Etea, Córdoba, 1995, p. 68; Cfr. ABENDROTH, W., *Sociedad antagónica y democracia política*, trad. M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1978, p. 273 y ss.

³⁴ Cfr. DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. Adolfo y Carlos Posada, Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 35.

³⁵ Luego de la primera guerra mundial se produjo un cambio sustancial en las relaciones Estado-economía, puesto que “la época de la autonomía de la economía se había acabado para siempre”, FORSTROFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 21. Sotelo afirma sin rodeos que “[e]l Estado social se ha convertido en el mayor orgullo de la sociedad capitalista desarrollada (...) hoy todos proponen un cierto equilibrio entre Estado y mercado, sin que el uno reemplace al otro por completo. Se trata de desprenderse de los dos prejuicios que de manera alternativa dominaron en el pasado: el de que basta el mercado, capaz de autorregularse, proporcionando una ocupación a todos y una distribución aceptable de la riqueza, o el que no habría más solución que el Estado ejerciera un control estricto de la economía y de la sociedad.” Vistas así las cosas, dicho autor considera poco probable la desaparición del Estado social, aunque sí su transformación ante las exigencias de un mundo globalizado. Cfr. SOTELO, Ignacio, *E/*

El colofón es claro: el surgimiento del Estado social de derecho constituyó un cambio de paradigma en el modelo jurídico político de Estado³⁶, el cual buscó corregir las falencias de la concepción clásica del Estado legislativo de derecho. Este proceso de cambio contribuyó decisivamente a la estructuración de un nuevo modelo de Estado, el Estado constitucional, toda vez que conflujo la necesidad de elevar a rango constitucional los grandes derroteros del Estado social con la naturaleza y caracterización teórica y técnica de dicho modelo estatal³⁷.

3. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, pp. 393-415.

³⁶Según Upegui Mejía “el recurso a la figura del tránsito (de Estado de derecho a Estado social) parece cumplir una función específica: contestar elementos teóricos muy fuertes que suponen una cierta concepción del Estado y del ordenamiento jurídico, en especial: (i) la revisión del papel del Estado (abstención-intervención); (ii) la nueva relación Estado y sociedad (separación-vinculación), (iii) el abandono del presupuesto hombre libre (hombre libre-hombre con necesidades), (iv) la incorporación de otros derechos como derechos fundamentales (civiles y políticos-económicos y sociales), (v) el compromiso con la efectividad de los derechos fundamentales (validez- eficacia) y finalmente, (vi) la resignificación del concepto justicia y la sustitución de la preeminencia de la ley por la de la Constitución (validez formal- validez material)”. Cfr. UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos, *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho. Discurso Jurisprudencial. Elementos. Usos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 20-23.

³⁷Al respecto, Ferrajoli estima que se trata de una variación revolucionaria de paradigma del derecho, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia, por cuanto: 1) Cambian las condiciones de validez de las leyes, las cuales dependen de su coherencia con los principios formales y materiales de justicia consagrados en la Constitución; 2) Cambia la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, por cuanto la judicatura ya no se sujeta exclusivamente al tenor literal de la legislación, sino más bien al acatamiento de la Constitución, de la cual puede derivar la inconstitucionalidad de la ley misma; 3) Cambia el papel de la ciencia jurídica, que ya no es descriptiva, sino crítica y proyectual frente a su objeto; critica, frente a antinomias y lagunas de la ley de cara a la Constitución, y proyectual, en orden a introducir garantías que rebasen dichas contradicciones y omisiones; 4) Cambia la naturaleza misma de la democracia, por cuanto al constitucionalizar los derechos fundamentales se le imponen límites (obligaciones y prohibiciones) infranqueables a los poderes públicos. Así las cosas, a través de los derechos fundamentales se impone una dimensión sustancial o material a la democracia referida a *qué* se puede decidir o no dejar de decidir, es decir, a “*la esfera de lo indecible*” por la mayoría. Lo anterior, aunado a la ya conocida dimensión formal o política de la democracia referida a *quién* y *cómo* se toman las decisiones, “*esfera de lo decidible*”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 31 y 32.

La cláusula Estado social y democrático de derecho es un concepto complejo, institucionalizado a través de una norma de principio constitucional, en donde convergen tres elementos de interacción recíproca, a saber: 1) El sometimiento del poder público y de la sociedad a la disciplina del derecho, Estado de derecho; 2) La concepción democrática de la potestad pública, Estado democrático; y 3) El componente social, Estado social. Estos tres elementos son inherentes o consustanciales al Estado constitucional. La ausencia de uno de ellos, desarticula, el nuevo modelo de Estado (muta en una figura formal que materialmente no garantiza su carácter de derecho, democrático o social). Empero, antes de entrar a este debate, es importante dilucidar el contenido de estos principios para esclarecer su noción e sus implicaciones.

3.1 El sometimiento del poder público y de la sociedad a la disciplina del derecho: Estado de derecho

No todo Estado, por el solo hecho de existir, crear y aplicar un ordenamiento jurídico, es Estado de derecho³⁸. Para que un Estado de derecho sea considerado como tal debe cumplir unos presupuestos mínimos para estructurar su fisonomía propia³⁹. En efecto, pueden existir

³⁸ Según Díaz “[u]n Estado con derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de derecho (solo algunos). Éste implica, desde luego, como suele señalarse sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero -lo cual es decisivo-exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional”. DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, M. Carbonell, W. Orozco y R. Vásquez (coords.), Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002, p. 64.

³⁹ Sostiene Díaz, para que un Estado sea de derecho insoslayablemente tiene que cumplir con los siguientes requisitos: 1) Imperio de la ley; 2) División de poderes; 3) fiscalización de la administración y 4) garantía de derechos fundamentales para todos. Estos elementos o requisitos demostraron que durante un gobierno autoritario de derecha o izquierda, el Estado de derecho es inexistente; ya que en su ámbito no hay gobierno de leyes sino de hombres, el poder está concentrado en un poder despótico que abroga competencias a voluntad, la administración no tiene límites sustanciales que controlen su

Estados que se autoproclamen constitucionalmente como Estados de derecho, en su búsqueda de legitimación social y política, pero no lo son si se someten a un análisis más riguroso de sus fundamentos básicos. Esta afirmación adquiere hoy mayor sentido, por cuanto es común que regímenes autoritarios apelen al “uso promiscuo”⁴⁰ del concepto de Estado de derecho para dar apariencia de legitimidad, validez y ecuanimidad a sus decisiones. Por lo tanto, habrá que distinguir claramente entre un Estado con derecho y un Estado de derecho o, en otras palabras, entre un Estado de derecho formal y un Estado de derecho material⁴¹.

actividad y los derechos fundamentales son un bello sueño político de los asociados. Cfr. DÍAZ, Elías, “Estado de derecho”, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel (eds.) Trotta, Madrid, 1996, pp. 65 y 66. Igualmente, ver PISARELLO, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”, en *Estado de derecho. Concepto, fundamento, y democratización en América Latina*, cit., p. 280. Este autor, a partir de la caracterización del Estado de derecho que hace Elías Díaz, analiza lo que califica como “la degradación del Estado de derecho latinoamericano”.

⁴⁰ Carbonell, Orozco y Vásquez afirman que “la capacidad legitimadora que tienen conceptos como el de democracia, constitucionalismo, igualdad, imperio de la ley o Estado de derecho es con frecuencia manipulada por gobiernos y gobernantes cuya actuación más se cifra en la conculcación de todos ellos, antes que en su respeto”.Cfr.“Estado de derecho y legitimidad democrática”,en *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*,cit., p. 7.

⁴¹ Es preciso señalar que desde el campo de la filosofía política se han identificado varios modelos de Estado de derecho. Al respecto, De Asís distingue varios modelos de Estado de derecho, los cuales difieren según los criterios de diferenciación funcionales o finalistas del derecho. Los primeros, ponen al derecho como una técnica normativa de control social; los segundos, consideran que el derecho se encuentra al servicio de determinados valores. Con fundamento en lo anterior, se identifican los siguientes modelos: 1) El modelo restringido de Estado de derecho en el cual no existe una conexión cierta entre derecho y moral, y en donde la protección de los derechos se reduce a los de autonomía individual, sin importar qué órgano los garantice (juez o legislador). Este modelo es el único que se origina desde el punto de vista estrictamente funcional. 2) El modelo liberal subraya la relación entre Estado de derecho y derechos individuales, los cuales deben ser garantizados mediante un órgano de legitimación democrática. En caso de controversia entre derechos y democracia, se debe optar por los primeros. Toma en cuenta criterios de legitimidad y de justicia. 3) El modelo democrático habla a favor de la legitimidad y crea una conexión directa entre el derecho y la moral, en donde un órgano legitimado en las mayorías y con relevancia moral y política es quien toma las decisiones más importantes de la sociedad. 4) Y el modelo exigente de Estado de derecho construye una relación entre criterios de legitimidad y de justicia. De esta manera, frente a una aporía entre derechos y democracia existen dos vías: La primera, pondría en un plano superior los criterios de justicia sobre los de legitimidad. En consecuencia, los derechos de libertad y sociales serían priorizados, con lo cual se configura un modelo garantista. En la segunda vía, prevalecería el principio democrático

Para Benda⁴², la diferencia cardinal radica en que mientras el Estado derecho formal sólo tiene como límites la sujeción a las formas y procedimientos, la vertiente material del Estado derecho tiene como límites la sujeción tanto a formas como a contenidos. Según este autor “[l]as características del Estado de derecho formal son esencialmente la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la Administración, la plena tutela judicial frente a cualquier intervención administrativa y la expectativa de indemnización en supuestos de intervención en el patrimonio privado”⁴³. Acorde con la filosofía liberal, el Estado de derecho clásico era definido como un Estado de derecho formal, puesto que su objetivo básico era la definición de garantías y procedimientos formales destinados a garantizar el espacio de libertad e igualdad estimadas naturales, por un lado, y la limitación del poder político, por otro.

Empero, si solo se exige el acatamiento de formas o procedimientos para la creación, la interpretación y la aplicación del derecho, ello no es un límite real al poder político, por cuanto bajo el auspicio de las normas jurídicas puede aparecer la injusticia o la violación de derechos en grado sumo. Así lo ha demostrado la historia reciente, como sucedió con el régimen nacionalsocialista en Alemania. Por otro lado, la democracia en el Estado de derecho formal tiene unas características particulares, habida cuenta que las decisiones tomadas por las mayorías, principalmente por el legislador a través de la ley, se consideran legítimas y válidas *per se*, con independencia de su contenido. En efecto, “bajo la democracia (del Estado

y, por ende, los criterios de legitimidad sobre los de justicia; de esta manera se construye un modelo en donde la democracia se sitúa por encima de los derechos. Cfr. DE ASIS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 43-111.

⁴² BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Hiede, *Manual de Derecho Constitucional*, 2º edic. en castellano, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 a 493.

⁴³ *Ibid.*, p. 488.

de derecho formal) puede darse la injusticia material sin perjuicio del respeto a las formalidades del Estado de derecho”⁴⁴. En suma, no es Estado derecho aquel en donde se habilite legalmente la injusticia y una concepción arbitraria de la decisión mayoritaria, bajo el sofisma de acatar las reglas formales de la democracia.

Contrario sensu, el Estado de derecho material se acerca más a la definición de Estado constitucional, ya que refuerza y amplía la realización de los postulados del Estado de derecho clásico. De esta manera, la validez de las disposiciones jurídicas no solo depende de la sujeción a formas y a procedimientos, sino igualmente del respeto a los contenidos sustanciales de la sociedad política, concretizados en la Constitución. Si ello no ocurre, el control judicial podrá actuar y declarar la invalidez normativa.

En consecuencia, el concepto material de Estado de derecho se caracteriza porque el poder estatal está vinculado a determinados principios y valores superiores del ordenamiento, y el centro de gravedad de la actividad del Estado gira, no exclusivamente a fijar unas garantías formales de libertad, sino “a establecer una situación jurídica justa en sentido material.”⁴⁵ Y esto se concreta en el ámbito constitucional con la positivación jurídica de un “orden objetivo de valores” o la formulación de unos principios de justicia suprapositivos, los cuales tienen “validez para todos los ámbitos del derecho”⁴⁶. Igualmente, dichos principios y valores guían la vida en comunidad y además son indisponibles a las fluctuaciones políticas. Es lo que Ferrajoli ha definido como la “esfera de lo

⁴⁴ *Ibid.*, p. 489.

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 40.

⁴⁶ Como así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional alemán en BverfGe 7, 198 (205). Según H. Quarisch “Una ordenación de la vida a través de normas jurídico-constitucionales basadas en valores es algo que no se puede discutir, es algo que no se puede aceptar o rechazar con relevancia jurídica, solo se la puede atacar. Y quien no quiera hacerlo, no puede mantener la pretensión de ser oído en el ámbito jurídico.” Citado por Böckenförde, *idem*, p 41.

indecidible”, Bobbio como “territorio inviolable” y Garzón Valdés como “coto vedado”. Es decir, lo que en una democracia “no puede y no puede no ser decidido.”⁴⁷

Lo anterior significa que en el modelo del Estado material de derecho, o mejor en el modelo del Estado constitucional, el contenido de la democracia tiene una variación sustancial, por cuanto las decisiones democráticas deben respetar principios mínimos de convivencia pacífica, de justicia y de ética que se encuentran positivizados de manera abstracta en las disposiciones constitucionales, principalmente en normas de derecho fundamental. Así las cosas, se cualifica la democracia, ya que las determinaciones adoptadas en su seno no lo pueden todo, sino por el contrario tienen unos límites sustanciales que van más allá del simple respeto a las formalidades.

En suma, para que un Estado sea considerado Estado de derecho en el paradigma constitucional, tendrá que cumplir con los siguientes contenidos mínimos:

- 1) Respeto al derecho sustancial por encima de las formalidades.
- 2) Imperio del principio de legalidad (en sentido amplio).
- 3) División de poderes.
- 4) Fiscalización de la administración.
- 5) Respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales civiles, políticos y sociales e, igualmente, de los derechos colectivos.
- 6) Control jurisdiccional de las leyes.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2008, p.104.

3.2 La concepción democrática de la potestad pública: Estado democrático

En el Estado legislativo de derecho, la democracia significaba exclusivamente supremacía de la mayoría y predominio de la soberanía popular; es decir, un gobierno de las mayorías y, a la postre, un gobierno de hombres más que uno de leyes. Así, el anhelo del Estado legislativo de derecho de limitar a la autoridad política fue frustrado por el desbordamiento del poder que finalmente detentó el parlamento. Con el advenimiento del Estado constitucional se llega a estimar que “la democracia como omnipotencia de la mayoría es abiertamente inconstitucional”⁴⁸.

La democracia como principio constitucional⁴⁹, significa principalmente que “el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidas a él”⁵⁰. De esa manera, los complejos procesos de decisión política, de formación de la voluntad y de cómo construir prioridades que vinculen a todos los poderes públicos y a los miembros de la sociedad, se materializan en un modelo en donde la formación democrática de la voluntad política (a través principalmente de la ley) se encuentre en consonancia y respeto con los postulados constitucionales. En suma, se trata de una compleja ponderación armónica del principio democrático con el principio de supremacía constitucional.

En lógica correspondencia, lo que define el principio medular de la democracia, en consonancia y respeto al principio de supremacía constitucional, es: “*Qué contenidos o materias son susceptibles de decidir*

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., p. 26.

⁴⁹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pp. 47 a 133.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 47.

o de no de dejar de decidir, y *quién* y *cómo* se debe decidir en el Estado y la sociedad”⁵¹. Estos aspectos encierran dos elementos basilares y complementarios del Estado democrático en el constitucionalismo contemporáneo:

Por un lado, la democracia sustancial o material, la cual indica que muchos contenidos constitucionales, como por ejemplo los derechos fundamentales, son sustraídos y blindados al debate democrático que incluso ni el consenso unánime puede afectarlos. Sin embargo, esto no impide que los derechos fundamentales u otros contenidos constitucionales deban ser desarrollados por un poder de legitimación democrática como es el legislativo. Así las cosas, muchos derechos fundamentales, especialmente sociales, necesitan ser desarrollados, concretizados, protegidos y garantizados por el legislador en el ámbito de su libre configuración legislativa.

Y, por otro lado, se encuentra la democracia formal, política o adjetiva⁵², que indica *quién* es el sujeto idóneo para tomar determinaciones que afecten a la sociedad, así como también *cuáles* son los canales, medios o procedimientos para tomar las determinaciones que afectan a todos por igual.

La legitimación democrática de las decisiones de los poderes públicos es un requisito *sine qua non* para la constitucionalidad de las mismas, ya que las determinaciones democráticas para ser válidas o, mejor, constitucionales, deben cumplir requisitos materiales y procedimentales de

⁵¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., p. 30.

⁵² A este modelo de democracia formal se refiere Böckenförde al afirmar que “[l]a democracia responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder que ejerce el dominio estatal, no a la de cuál es su contenido; y, por lo tanto, se refiere a la formación, legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo la tareas encomendadas a este. Es así un principio configurador de carácter orgánico y formal”. Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., p. 119.

la Constitución. Es decir, las decisiones en el marco del Estado constitucional ineluctablemente deben tener legitimación constitucional, esto es, deben respetar y garantizar los postulados materiales y formales de la democracia y de la Constitución, de lo contrario dichas decisiones, en principio democráticas, pueden devenir inconstitucionales.

3.3 El componente social: Estado social

El adjetivo social, integrado a la tradicional fórmula del Estado de derecho, no debe ser interpretado y aplicado como una mera disposición político-programática carente de efectos jurídicos, sino como una verdadera norma de derecho constitucional llamada a transformar el orden jurídico y político del Estado. Por ende, el componente social del Estado constitucional produce relevantes efectos en la estructura jurídica, política y económica del aparato estatal, por cuanto implica una nueva forma de obligar, vincular y limitar a los poderes públicos, así como también de interpretar, aplicar y direccionar el ordenamiento jurídico. El Estado social demanda conductas negativas y positivas a los poderes estatales que permitan respetar y garantizar los derechos fundamentales y, en especial, los de contenido económico, social y cultural.

En ese orden de ideas, el Estado social es una “decisión política fundamental pero positivizada en una verdadera norma jurídica de rango constitucional”⁵³, que conlleva a la imperativa vinculancia de los poderes públicos y a la prevalencia de sus principios, reglas y fines. Al poder judicial, sometiendo sus providencias a una directriz rectora de interpretación y aplicación del derecho en clave de justicia material; a la administración, para que en el diseño de las políticas públicas realice la teleología social; y al legislador, para que en la creación de la ley tenga en cuenta imperativos límites, mandatos y objetivos sociales, ya que el

⁵³ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 52 y 53.

Estado social no debe interpretarse exclusivamente “como una exigencia programática, sino como habilitación al legislador para que configure un orden social orientado al establecimiento y a la garantía de la justicia social, así como a la eliminación de situaciones sociales de menesterosidad”⁵⁴.

Cossio advierte que el Estado social no se puede caracterizar claramente a causa de la multiplicidad de contenidos que éste implica. Por tal razón, con fundamento en un criterio teleológico, es pertinente señalar que el fin de este modelo estatal es la realización de la igualdad real o material. Por ende, “es pertinente adoptar el valor igualdad para caracterizar al ‘Estado social’ ”⁵⁵.

El primer estatuto constitucional que acuñó la expresión de Estado de derecho democrático y social fue la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 20 y 28), como definición de su sistema político⁵⁶. Si bien hoy existe

⁵⁴ BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 525.

⁵⁵ COSSIO DIAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 33.

⁵⁶ Es preciso señalar que en el ámbito occidental el primer antecedente constitucional que reconoce derechos y garantías sociales es la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de enero 31 de 1917. “Son dignas de mención, entre todas, la importancia otorgada al derecho a la educación, la preocupación que en el texto se muestra por la protección de la familia y la salud, el protagonismo del Estado en la vida económica y la relevancia del sector social así como el tratamiento constitucional del problema agrario. Junto con estas innovaciones, situadas entre las garantías personales, existen artículos específicamente referidos al derecho al trabajo. Conviene señalar, al respecto, que los derechos sociales se contienen, ante todo, como derechos de los trabajadores. Precisamente éste es el sentido que tienen en sus primeras formulaciones históricas y sólo con posterioridad se consideran derechos generales.” PECES-BARBA, G. y otros, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Elcano, 200 pp. 178 y 179. En el ámbito europeo, como ya se ha señalado, luego de la segunda guerra mundial la mayoría de las Constituciones europeas acogieron la cláusula del Estado social de derecho ya sea de manera expresa o reconociendo y garantizando demandas y reivindicaciones sociales. Como antecedente de la calificación de la naturaleza social del Estado, se encuentra el art. 1º de la Constitución francesa de 1946, ratificado en la reforma de 1958, que define a Francia como “República indivisible, laica, democrática y social”. De igual manera, el art. 1º de la Constitución italiana de 1947 define a Italia como una “República democrática, fundada en el trabajo”; se proclaman derechos inviolables del hombre como ser individual y social y se otorga especial relevancia al deber de solidaridad política, económica y social.

consenso en Alemania que dicha cláusula constituye uno de los principios estructurales básicos que definen el orden constitucional, desde su consagración ha suscitado en dicho país como en general en el constitucionalismo occidental, prolongadas y álgidas polémicas respecto a su significación, concreción y alcance⁵⁷.

En efecto, en sus inicios la cláusula de Estado social en Alemania fue calificada como una cláusula constitucional abstracta, abierta, en blanco y carente de coercibilidad, la cual bajo ninguna égida podía atribuírsele naturaleza jurídica; era simple y llanamente una disposición de carácter político. Posteriormente, dicha interpretación cambió a través de la tesis del carácter de habilitación de las normas constitucionales⁵⁸, las cuales dotan al Estado social de naturaleza vinculante hacia los poderes estatales.

En consecuencia, el Estado social de derecho como modelo constitucional, exige al aparato estatal esforzarse en la edificación de recursos materiales básicos para asegurar a todos sus asociados una vida compatible con la dignidad humana. El objetivo de crear condiciones necesarias, potenciando las capacidades de las personas, en aras de mantener o mejorar la calidad de vida, incluye, sin lugar a dudas, el respeto, protección y garantía de derechos económicos, sociales y culturales. En este orden de ideas, la cláusula del Estado social es “[una] norma constitucional capaz de ser interpretada según las cambiantes

⁵⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, cit., p. 163 y ss.

⁵⁸ Según Benda, “Crecientemente se ha ido imponiendo la tesis del carácter de habilitación (Ermächtigungscharakter) de las normas constitucionales que encomiendan al Estado tareas de configuración social.” BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, en *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 519.

circunstancias sin perder la referencia al fin último. Tanta justicia como sea posible es el objetivo”⁵⁹.

Al respecto, es preciso subrayar que el Estado social de derecho está construido sobre la base de prescripciones materiales constitucionalizadas, esto es, valores y principios fundamentales como la igualdad real y efectiva, un orden social ecuánime, la justicia social, entre otros, que a su vez definen y orientan toda la actividad estatal. En este sentido, exigen la acción positiva estatal en orden a lograr su cometido. Pero, esto no significa que hayan perdido importancia los derechos civiles y políticos, las garantías y procedimientos formales, pues estos se encuentran siempre llamados a tutelar las libertades y los derechos individuales ante el peligro subrepticio de que se pretenda vulnerarlos en nombre de contenidos sustanciales o supuestos valores superiores, como ha ocurrido en la historia contemporánea con los regímenes totalitarios. De tal manera, en el Estado social de derecho operan dos exigencias esenciales, por una parte, el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales y, por otra, la promoción y búsqueda de realización de condiciones de vida dignas para todos.

En conclusión, la cláusula social tiene importantes repercusiones en la estructura constitucional y legal, toda vez que su formulación ha significado históricamente, en uno de sus principales aspectos, el progreso constitucional de los derechos sociales. Es por eso que no puede existir un Estado que se defina como social, sin que directamente este obligado al respeto, protección y garantía de los derechos sociales a través de su promoción, regulación, interpretación y aplicación normativas. De esta manera, el principio del Estado social vincula de manera imperativa a todos los poderes públicos.

⁵⁹*Ibid.*, p. 533.

3.4 Los principios democrático y de derecho: requisitos sustanciales del Estado constitucional

No todo Estado de derecho puede considerarse una democracia constitucional o un Estado Constitucional. Para serlo debe no solamente cumplir con requisitos de la democracia instrumental (decisiones tomadas por un órgano competente y bajo el principio de mayorías), sino también con las exigencias de la democracia sustancial (decisiones que no violen contenidos sustanciales de la sociedad política como los derechos fundamentales). En efecto, el Estado constitucional “no se limita a programar solo las formas de producción de derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia -igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales- inscritos en las constituciones”⁶⁰

Por consiguiente, en primer lugar, un Estado Constitucional comporta una variación sustancial del Estado de derecho clásico⁶¹, en donde la creación,

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., p. 30 y 31.

⁶¹ Según Zagrebelszky el Estado Constitucional es diametralmente diferente al Estado de derecho, ya que es “un cambio genético” y “más que de una continuación (del Estado de derecho) se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la concepción del derecho” ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 2005, p. 33 y 34. De igual forma, Ferrajoli siguiendo esta línea de pensamiento sostiene que el Estado constitucional cambia en relación con el Estado de derecho en los siguientes aspectos: 1) Las condiciones de validez de las leyes, las cuales no solo dependen del cumplimiento a procedimientos sino también de su respeto a contenidos materiales. 2) La función jurisdiccional y, en efecto, la relación entre los poderes legislativo y judicial, habida cuenta que en el Estado constitucional el juez ya no es la “boca muda de la ley”, sino que es crítico de la legislación cuando quiera que esta incurra en vicios por omisión (lagunas) o por comisión (antinomias), estando en el deber de denunciar las normas infraconstitucionales u omisiones inconstitucionales que no se adecuen a la normativa superior. 3) El papel de la ciencia jurídica, ya que su función no solamente es descriptiva sino crítica frente a antinomias que violentan las normas superiores y proyectual frente a las lagunas, en orden a diseñar nuevas técnicas de garantía con el propósito de rebasar, a su vez, los problemas inherentes a las antinomias y lagunas. 4) La naturaleza misma de la democracia, en tanto ya no solo importa quién (órgano competente) y cómo (procedimientos y formas de tomar de decisiones) se toman las principales decisiones de la sociedad, sino también el contenido mismo de sus decisiones, es decir el *qué pueden*

aplicación, interpretación y, en últimas, la validez del ordenamiento jurídico no solo depende del cumplimiento de formas y procedimientos, si no de su concordancia con el texto constitucional (el cual positiviza principios y valores éticos) y el derecho internacional (que goza de rango supra constitucional, constitucional o, por lo menos, supralegal, sobre todo en materia de derechos humanos). Así las cosas, los poderes públicos (efecto vertical) y también los poderes privados (efecto horizontal) se encuentran vinculados a su égida normativa adjetiva y sustancial. En efecto, frente a antinomias (vicios por comisión, incoherencias en el sistema jurídico) o lagunas (vicios por omisión, falta de plenitud del sistema jurídico) que violen la dogmática iusconstitucional, los mecanismos de control deben intervenir con el fin de hacer respetar la inmunidad de las normas constitucionales, especialmente las de carácter iusfundamental.

En segundo lugar, un Estado constitucional debe ser necesariamente un Estado democrático, es decir, un Estado donde las principales decisiones de la sociedad se tomen por el acuerdo de las mayorías respetando contenidos sustanciales (positivizados en el orden constitucional). En consecuencia, la legislación ordinaria, fruto paradigmático de los procesos político-democráticos, debe inexorablemente subordinar sus contenidos a las normas constitucionales. Empero, ello no quiere decir que el legislador le está vedado desarrollar los contenidos sustanciales de la Constitución, es más es el único autorizado para ello (reserva de ley), sino que los contenidos de mayor relevancia constitucional, se sustraen del debate democrático contingente. Ello garantiza que el principio democrático no vulnere el principio de supremacía constitucional y que este último permita la libre configuración de los desarrollos normativos superiores en sede legislativa.

decidir y el *qué no pueden* dejar de decidir. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 31 y 32.

De ahí que un verdadero Estado constitucional debe cumplir con unos estándares básicos de justicia social y de desarrollo progresivo de ésta, habida cuenta que un Estado palmariamente inequitativo es abiertamente contrario a la naturaleza y a los presupuestos basilares de dicho modelo de Estado. Por ende, el Estado debe respetar, proteger y garantizar, como mínimo los contenidos esenciales de los derechos libertades y sociales, pues su no realización hace que el ser humano, fin último del Estado, no goce de una vida compatible con su dignidad humana. Este es el hondo significado de un Estado constitucional real y de allí la diferencia con otros modelos de Estado.

En síntesis, para que un Estado de derecho contemporáneo sea considerado como constitucional, se requiere:

- 1) Una carta constitucional considerada como una norma jurídica primaria y jerárquicamente superior.
- 2) La positivización de una normativa de rango superior que constitucionalice, en primer lugar, los derechos fundamentales de los asociados con sus respectivos mecanismos de protección y, en segundo lugar, la estructura de los poderes públicos con sus correlativas funciones y competencias.
- 3) La vinculancia de los poderes públicos y privados a los principios social y democrático de derecho y, en general, al imperio de la Constitución y la ley.
- 4) La existencia de un control constitucional y de legalidad de las decisiones estatales.
- 5) El respeto al derecho sustancial por encima de las formalidades.
- 6) La división de poderes, lo cual garantiza los llamados pesos y contrapesos entre los mismos.

7) La fiscalización y control de las autoridades públicas, tanto desde el punto de vista judicial, disciplinario y fiscal.

8) El respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales (derechos civiles, políticos, sociales y también colectivos).

9) La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que cause, en orden a una indemnización integral.

Con fundamento en lo anterior, es pertinente preguntar: ¿Si un Estado con un orden constitucional no reconoce y garantiza los principios social y democrático de derecho, podría considerarse un Estado constitucional?

Al respecto, es preciso afirmar que el papel de dichos principios cualifican sustancialmente al Estado constitucional, por cuanto a la luz de los avances de las concepciones del derecho y de la democracia, no es posible hoy pensar un Estado constitucional que no esté vinculado al ejercicio democrático del poder político, al respeto del ordenamiento internacional, constitucional y legal, y a un marco básico y progresivo de justicia social.

Empero, así como existen modelos de democracia o de Estado de derecho formales, es posible pensar en un Estado constitucional adjetivo, que pese a autoproclamarse como constitucional en la realidad no garantiza los presupuestos mínimos que esa calidad exige. Se trataría de Estados que se precian de ser constitucionales, pero que no garantizan condiciones básicas vitales a sus asociados, toman decisiones mimetizadas como democráticas o ni siquiera cumplen el presupuesto del respeto a la ley. Estados donde “el imperio de la ley, la división de poderes, la fiscalización de la administración y derechos fundamentales para todos”⁶² constituyen una promesa incumplida.

⁶² Estos son los cuatro elementos que Elías Díaz considera esenciales a un Estado de derecho. Cfr. DÍAZ, Elías, “Estado de derecho”, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, cit., p. 280.

Por lo tanto, para que un Estado sea considerado como constitucional *stricto sensu* no solo debe tener una Constitución y afirmar que esa es la norma máxima de su ordenamiento jurídico, sino que también debe reunir los presupuestos primordiales que exige el ser democrático de derecho en el marco de un orden social justo, ya que estos principios son requisitos de su esencia e inherentes a su ser.

Podría objetarse que existen Estados de derecho que no se definen como Estados sociales (como el caso de Estados Unidos o Inglaterra) y no por ese hecho dejarían de ser constitucionales. Al respecto, es preciso señalar que lo determinante para que un Estado social sea o no un Estado constitucional es el grado de vinculancia de los poderes públicos a los derechos sociales constitucionalizados.

Por lo anterior, un Estado constitucional que reconozca y garantice derechos sociales y propugne por un orden social justo en el marco de una democracia incluyente y limitada, se constituye en el mejor modelo de Estado para la realización del Estado social. Así, el Estado constitucional es un complejo balance de la vigencia del principio de supremacía constitucional con el principio democrático en un marco progresivo de justicia social.

Como corolario de lo anterior, es necesario afirmar porqué un Estado constitucional debe ser simultáneamente de derecho, democrático y social.

En primer lugar, porque el Estado de derecho garantiza que los poderes públicos y privados no rebasen los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, ello en protección de los asociados y con el fin de lograr una convivencia pacífica. En ese orden de ideas, las garantías constitucionales y legales del Estado de derecho, como los derechos fundamentales, los principios constitucionales, la división de poderes, el control judicial, el principio de legalidad, etc. vinculan al Estado constitucional en cuanto a su

contenido y alcance. Por otro lado, la sujeción del Estado de derecho al orden constitucional implica necesariamente una “democracia moderada, limitada y equilibrada”⁶³, en donde las decisiones de la mayoría respeten y acaten los principios y valores constitucionales por ser indisponibles a los intereses coyunturales de las mayorías políticas.

En segundo lugar, porque un Estado constitucional exige que las principales decisiones no sean tomadas de manera arbitraria y sino con el concurso participativo de quienes afecta, para así hablar de un régimen democrático constitucional. De lo contrario, a lo sumo se trataría de una autocracia, en donde las determinaciones son omnímodas y carentes de control. Esta concepción de Estado constitucional imperativamente democrático va muy de la mano con la democracia sustancial, la cual habla a favor de un régimen democrático-constitucional que no se limita a las reglas formales para la edificación del consenso social y político (democracia instrumental), sino que en su formación tiene en cuenta los contenidos sustanciales que rigen y justifican el ejercicio del poder. En suma, como lo sostiene Prieto Sanchís, “El Estado constitucional democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero bastante debe reservarse a la esfera de lo inaccesible para la mayoría.”⁶⁴

Y en tercer lugar, porque el Estado constitucional debe cumplir obligaciones insoslayables en cuanto al desarrollo de una vida digna de las personas sujetas a su jurisdicción. En este sentido, el respeto y garantía de los derechos sociales aparecen ya no como directrices políticas, sino como derechos fundamentales que delinear el ejercicio del

⁶³ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia, cit.*, p. 125.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (editor), Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007, p.234.

poder y, sobre todo, constituyen parámetros de control de los actos u omisiones de los poderes de legitimación democrática.

CAPÍTULO II: LA EFICACIA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA SOCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En este capítulo se defiende la idea según la cual la cláusula de Estado social de derecho no es una disposición meramente política o programática, y menos aún virtual o simbólica; desde el punto de vista de la estructura de las disposiciones jurídicas es una “norma constitucional de principio”⁶⁵, válida y jerárquicamente superior, puesto que tiene una relevancia preponderante en el ordenamiento jurídico y debe inexorablemente irradiar importantes efectos jurídicos en relación con los actos u omisiones de los poderes públicos, quienes deben interpretar su *ethos* y cumplir imperativamente con sus postulados y directrices, a través de consecuencias concretas en el derecho.

En ese sentido, el papel relevante que tiene el Estado social de derecho en el constitucionalismo contemporáneo⁶⁶, se concreta en el grado de vinculación de la cláusula en relación con todos los poderes del Estado. Ello indica una guía hermenéutica y aplicativa para que el ejecutivo, legislativo, judicial y, en general, para que todos los poderes públicos obren en consonancia con los postulados, fines y directrices de la

⁶⁵ Así define este autor este tipo de normas a las cuales se les presta adhesión. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, pp. 111 y ss.

⁶⁶ Según Comanduci, el neoconstitucionalismo, teoría que pretende explicar el carácter, dimensiones y alcance del constitucionalismo contemporáneo, tiene tres acepciones 1) El neoconstitucionalismo teórico: el cual aspira a describir los logros de la constitucionalización del sistema jurídico. 2) El neoconstitucionalismo ideológico: el cual hace énfasis en el respeto y garantía de los derechos fundamentales y en una nueva hermenéutica constitucional. 3) El neoconstitucionalismo metodológico: el cual habla a favor de una conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral. Cfr. COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s), cit.*, pp. 75-98.

cláusula, esto es, un Estado comprometido con los derechos sociales, con el ejercicio democrático del poder y con el apego al ordenamiento jurídico internacional, constitucional y legal.

1. EL SENTIDO JURÍDICO DE LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL

Mucho se ha discutido sobre la asignación de fuerza jurídica vinculante a las normas que consagran el Estado social. Por un lado, se objeta que debido a la vaguedad y abstracción de la cláusula es imposible extraer consecuencias jurídicas de ella, puesto que se violaría el principio democrático de configuración parlamentaria. Y en sentido contrario, quienes consideran que siendo una norma de rango constitucional está llamada a producir plenos efectos jurídicos⁶⁷.

La tesis del carácter no vinculante de la cláusula del Estado social, se fundamenta en que la norma constitucional que la consagra es amplia, indeterminada y poco concreta, razón por la cual no puede ser vista como un criterio jurídico, sino simplemente como un programa político, en donde el legislador obra de manera enteramente discrecional en aras a su concreción. Según el profesor Pérez Royo⁶⁸ este carácter discrecional se puede sintetizar, así:

⁶⁷ Benda al analizar las interpretaciones de la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental alemana, afirma: "En lugar de la interpretación originaria de que se trata constitucionalmente de una fórmula sin mayor significado, existe hoy acuerdo generalizado acerca de que la cláusula del Estado social es un principio rector vinculante para los poderes públicos; es considerado como una prescripción de fines del Estado (*Staatszielbestimmung*) o como principio rector (*Richtlinie*). Crecientemente se ha ido imponiendo la tesis del carácter de habilitación (*Ermächtigungscharakter*) de las normas constitucionales que encomiendan al Estado tareas de configuración social." Cfr. BENDA, Ernst, "Capítulo X. El Estado social de derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 521.

⁶⁸ Cfr. Pérez Royo aduce, sin adoptar esta posición, que estos lineamientos son las que imponían cautelas a la naturaleza jurídica de la fórmula Estado social y de su compatibilidad con el Estado de derecho en la doctrina y jurisprudencia alemana. PÉREZ ROYO, Javier, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 10, Madrid, 1984, p. 166.

1. De la cláusula del Estado social de derecho no es permisible colegir demandas jurídicas inmediatas y concretas por parte de los ciudadanos.

2. Es por medio del desarrollo legislativo que el Estado social despliega su eficacia práctica específica.

3 La cláusula del Estado social se reduce en buena medida a un simple instrumento hermenéutico de las normas infra constitucionales y a un criterio guía de la actividad de los poderes públicos.

4. Existe un fenómeno de interdependencia entre la eficacia de la fórmula Estado social de derecho y la coyuntura económica.

Pese a estas objeciones, desde muy temprano la tesis del carácter político- programático exclusivo del Estado social fue refutada por una tendencia cada vez más mayoritaria y creciente reflejada en los desarrollos jurisprudenciales y en la doctrina⁶⁹, según la cual el carácter jurídico del principio del Estado social se colige de la norma constitucional que lo consagra, ya que toda norma constitucional tiene indiscutiblemente un carácter jurídico al gozar de un grado de importancia en la escala jerárquica del ordenamiento estatal.

En efecto, al encontrarse constitucionalizada dicha fórmula, es indiscutible su carácter jurídico-normativo, lo que conlleva a que produzca plenos efectos o, en otras palabras, a que la norma constitucional sea plenamente eficaz debido precisamente a su alto grado de importancia en la escala normativa. Según Beatriz González⁷⁰, el potencial del Estado social se proyecta en tres direcciones: 1) Como fijación teleológica del

⁶⁹ Según Benda “Tales interpretaciones iniciales han sido hace tiempo superadas y no merecen hoy mayor consideración.” BENDA, Ernst, “El Estado social de derecho”, en *Manual de derecho constitucional, cit.*, p. 521.

⁷⁰ GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, op. cit.*, p. 56.

Estado; 2) Como valor interpretativo del resto del ordenamiento; y 3) Como parámetro de constitucionalidad.

1. Como fijación teleológica del Estado: La proyección finalística de la cláusula social señala que el poder legislativo, ejecutivo, judicial y, en general todas las instituciones del Estado, están vinculadas de manera directa con la imperativa obligación teleológica de configurar la sociedad con un contenido social, y en ningún caso pueden aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico en sentido contrario, o como si esa cláusula no existiera.

2. Como valor interpretativo del resto del ordenamiento: El valor hermenéutico de la cláusula social se proyecta hacia la totalidad del ordenamiento jurídico y aquí radica gran parte de su eficacia normativa, en la medida que las leyes ordinarias deben ser creadas, interpretadas y aplicadas en congruencia con este precepto constitucional.

Así lo reconoce Rubio Llorente al afirmar que el principio fundamental del Estado social y democrático de derecho “constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto y cuyo propio carácter «doctrinal», si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social”⁷¹. De ahí la justificación para que el control constitucional abstracto y concreto, ejercido por el tribunal constitucional o quien haga sus veces, sea hecho en función de cuidar la primacía y jerarquía de la cláusula social, junto con sus valores, principios y fines.

Por lo tanto, el componente social del Estado “vale como una directriz básica para la interpretación de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico en su conjunto. Ese valor hermenéutico ha dado lugar a la

⁷¹RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 60.

propuesta de una reinterpretación en sentido social de los derechos fundamentales y en consecuencia de la legalidad ordinaria, que debe ser modulada por los preceptos constitucionales orientados a mejorar las condiciones de existencia de la persona desde el principio de igualdad material”.⁷²

3. Como parámetro de constitucionalidad. La cláusula social del Estado se puede invocar como un fundamento válido y de relevancia constitucional, para perseguir la inconstitucionalidad de cualquier ley cuyo contenido sea abiertamente contrario a los principios, valores y fines del Estado social o, visto desde otro punto de vista, el juez constitucional, cuando sea pertinente, puede y debe invocar de oficio como parámetro de exequibilidad de una ley, la concordancia de ésta con los postulados sociales del Estado.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA ESTADO SOCIAL

Para dilucidar la naturaleza jurídica del Estado social de derecho es preciso abordar los siguientes interrogantes: ¿Qué tipo de norma es la que consagra el modelo de Estado social y democrático de derecho?, ¿qué naturaleza jurídica habrá que atribuírsele?

Al respecto, es oportuno reiterar que la fórmula Estado social de derecho se encuentra positivizada en una norma jurídica de rango constitucional (validez superior) y por ello es lógico e imperativo que este llamada a producir efectos jurídicos (eficacia) con miras a materializar los derechos fundamentales y orientar los valores, los principios y los lineamientos teleológicos que consagra la norma superior (orden justo) respetando, claro está, los principios de la democracia constitucional. Lo contrario es

⁷² GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 234.

poesía⁷³ o demagogia constitucional. A favor de esta tesis se esgrime que cualquier precepto constitucional es norma y, por ello, debe proyectarse al mundo de la eficacia, ya que las disposiciones constitucionales no son capricho del constituyente primario, son preceptos de jerarquía superior que vinculan a todos los miembros de la sociedad y con particular énfasis a todos los órganos del Estado. En esta línea de argumentación, García de Enterría afirma que “no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o infelices, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y solo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos”⁷⁴.

La cláusula del Estado social de derecho tiene la potestad jurídica de direccionar a los poderes públicos hacia la concreción efectiva de condiciones materiales adecuadas para gozar de una vida digna, en donde todos tengan la oportunidad de disfrutar de iguales derechos, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas, económicas y sociales. Empero, no por ello se puede deducir que exclusivamente, a partir de la interpretación y aplicación de la cláusula, surjan *per se* posiciones jurídicas prestacionales concretas a favor de las personas humanas y a cargo del Estado. La concreción de los derechos obedece a imperativos y competencias de la democracia; sin embargo, ante una ausencia palmaria de actuación de los poderes públicos (en especial el legislador, quien es el que toma las principales decisiones en la democracia) se hace evidente y perentoria la intervención judicial, no para disponer de las opciones políticas que tiene el legislativo y el ejecutivo, sino solo para subsanar una situación de injusticia evidente en los límites del derecho.

⁷³ Algo parecido afirma Mayer, en relación a algunos derechos fundamentales consagrados en la Carta Europea de Derechos Humanos, los cuales serían “una especie de poesía constitucional: bellos para leer, pero sin efecto jurídico preciso”. MAYER, Franz C. *La Charte européenne des Droits Fondamentaux et la Constitution européenne*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2003, p. 191.

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, reimpresión, 2001, p. 71.

3. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO PRINCIPIO NUCLEAR CONSTITUCIONAL

Para establecer si la fórmula de Estado social de derecho es un principio, un valor o una regla, es necesario describir las diferentes tipologías de normas a las cuales pertenece este precepto constitucional.

Según Alexy los principios y valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos. En ese orden de ideas, afirma “lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*, y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva”⁷⁵. En suma, mientras que el modelo de los principios expresa claramente el carácter de deber ser, los valores denotan un carácter axiomático.

Por otro lado, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto los principios son *mandatos de optimización*”⁷⁶, que se caracterizan, en primer lugar, por su cumplimiento en diferente grado y, en segundo lugar, porque su acatamiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas.

Las reglas, por su parte, son normas que solo pueden ser cumplidas en todo o nada. Por lo tanto, frente a una regla válida debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Luego, “las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”⁷⁷.

⁷⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., Madrid, 2007, p. 125.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 67.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 68.

Para dar mayor claridad a la diferencia entre reglas y principios, Alexy describe la manera disímil como se solucionan los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios. Para los primeros, la colisión se soluciona a través de la introducción de una cláusula de excepción, y si esto no es posible habría que acudir a la invalidación de una de las reglas. Para los segundos, la controversia se resuelve por medio del desplazamiento del principio que tiene menor peso, es decir, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro (ponderación).

Según Borowski, la diferencia entre reglas y principios se observa en la forma como se aplican. Mientras que la aplicación de las reglas se realiza por medio de la subsunción, los principios se aplican por medio de la ponderación.⁷⁸

Para Dworkin, un principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”⁷⁹. De ahí que, “la diferencia entre regla y principio es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las reglas son aplicadas a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la

⁷⁸ Según este autor, “[l]a forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. A las reglas les hace falta la dimensión del peso, propia de los principios. Las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible. Los principios, en cambio, representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de ésta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios” BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 49.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª. reimpresión, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72.

norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.⁸⁰

Con base en estos conceptos es necesario precisar: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la cláusula del Estado social de derecho?, ¿es un principio, una regla o un valor? y ¿de qué forma se aplica?

En primer lugar, es preciso señalar que la cláusula del Estado social de derecho es una norma abierta y abstracta, es decir, no tiene presupuestos fácticos y consecuencias jurídicas muy bien definidas. A partir de esta afirmación, Cossio sostiene que dicha cláusula se puede definir como un principio, debido a que su estructura normativa no incorpora supuestos de hecho ni consecuencias jurídicas, en contraposición a las reglas;⁸¹ se trata de un principio nuclear debido a “su posición axial en el ordenamiento”⁸², a la luz de su sentido globalizador en el mundo del derecho, a la definición del modelo de Estado y a los valores y fines que éste persigue. Por lo anterior, “[e]l principio del Estado social y democrático de derecho no es un regla de solución del caso, sino un marco de directrices de entendimiento (al más alto nivel) para otros principios y reglas constitucionales, que por su mismo carácter nuclear exige ser invocado como unidad y aplicado mediante un ejercicio ponderativo, de ahí que frecuentemente termine dirimiendo enfrentamientos entre bienes constitucionales.”⁸³

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 74 y 75.

⁸¹ COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 151 y 152.

⁸² *Ibíd.*, p. 155.

⁸³ *Ibíd.*, p. 155.

Siguiendo a Cossio⁸⁴, la eficacia del principio Estado social de derecho se proyecta en tres direcciones: 1) Interpretativa, 2) Anulatoria y 3) Proyección normativa.

La eficacia interpretativa refiere a las posibilidades de solución de variados problemas hermenéuticos, como las lagunas normativas, la indeterminación semántica y la presencia de soluciones antagónicas en el ordenamiento. La eficacia anulatoria, apunta al carácter jerárquico normativo de los preceptos constitucionales, en donde la contravención a cualquiera de ellos es causa de una declaración de inconstitucionalidad. Y la proyección normativa, tiene que ver con la extracción a partir del principio del Estado social de derecho de un enunciado normativo compuesto de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, es decir, a la deducción de una regla a partir del principio, en donde es imprescindible la actuación del legislador a la luz del imperativo democrático.

Si bien es muy acertado el análisis de Cossio, es preciso afirmar que la cláusula social debe ser considerada como un principio que proporciona un claro deber o mandato de optimización al Estado, el cual consiste en que todo el aparato estatal debe orientarse a procurar y lograr un mejor estándar de vida para sus asociados, a través del respeto y garantía de todos y cada uno de los derechos constitucionales fundamentales, en especial los de carácter económico, social y cultural. En otras palabras, la cláusula define un mandato diáfano de optimizar los derechos fundamentales con miras a la garantía de una vida compatible con la dignidad humana para todos; claro está, teniendo presente las condiciones fácticas y jurídicas. Por ello, la cláusula Estado social de derecho debe ser aplicada por vía de la ponderación, ya que al ser estructuralmente un principio medular constituye un criterio fuerte para la definición de las decisiones políticas y jurídicas.

⁸⁴*Ibid.*, pp. 155 a 162.

Por último, dicha cláusula no debe ser vista como un valor, toda vez que si se le atribuye esa estructura normativa se estaría debilitando su vinculación jurídica, ya que al adscribirla al ámbito axiológico su carácter normativo como deber ser sería menos fuerte. En conclusión, la cláusula del Estado social de derecho es un principio jurídico que ostenta fuerza jurídica iusconstitucional, vinculante para todos los poderes del Estado; en virtud de ello, no puede ser considerada una mera formulación retórica o declaración política sin fuerza jurídica, sino que, por el contrario, está llamada a tener efectos jurídicos con miras a concretar los valores de una justicia material y un orden justo; es decir, un orden en donde a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado se les respete, garantice y proteja sus derechos fundamentales civiles, políticos y sociales, y sus derechos colectivos, y de esta manera tengan acceso a una vida compatible con su dignidad humana, que les permita potencializar sus proyectos de vida.

4. LA INCORPORACIÓN TARDÍA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

La constitucionalización del Estado social de derecho en la Carta de 1991 en Colombia, ha tenido importantes repercusiones en la vida social, jurídica, política y económica del país, habida cuenta que esta cláusula junto a un generoso catálogo de derechos fundamentales, abrió las puertas para el tránsito a un Estado constitucional con la teleología de construir un orden justo, una convivencia pacífica y en especial la efectividad de los derechos fundamentales. Aunado a ello, es relevante señalar que la Constitución incorporó al concepto de Estado social de derecho, el carácter multicultural, es decir, un modelo de Estado comprometido con el respeto a las diferencias culturales, étnicas, regionales y de pensamiento, en aras de configurar un régimen jurídico-

político fundado en la diversidad y en el respeto a la diferencia. Esta formulación no está exenta de tensiones y complejidades.

Sin embargo, la incorporación jurídico formal del Estado social de derecho fue tardía, fenómeno similar en el resto de países latinoamericanos, en comparación con los más importantes desarrollos constitucionales del mundo occidental, en los cuales el modelo ya se había consolidado en las décadas posteriores a la segunda postguerra mundial. Luego de varios años de consagración, la eficacia real y la realización material del Estado social de derecho en Colombia enfrentan serios desafíos⁸⁵. No obstante, es preciso reconocer que la incorporación de dicha cláusula ha constituido un avance político y jurídico significativo al constituirse en un deber ser para el Estado que no puede eludir, sin ver comprometida su legitimidad. Por ejemplo, se fortaleció la justicia constitucional, se dotó a los derechos fundamentales individuales, sociales, colectivos y de grupo de importantes garantías para su protección, y se incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al orden constitucional, con especiales efectos a nivel judicial⁸⁶.

⁸⁵ Como señala Uprimny, “el conflicto armado, lejos de haber cesado se ha aumentado en intensidad y crueldad en los últimos años. La violencia homicida, si bien ha tendido a disminuir levemente esta década, se mantiene en niveles intolerablemente altos, las violaciones a los derechos humanos persisten, al punto de que varias instancias internacionales de derechos humanos califican la situación colombiana como una de las más graves del mundo. La impunidad frente al conjunto de delitos no ha disminuido en forma significativa, a pesar de las reformas a la justicia y del aumento del gasto público en este campo. Los indicadores de pobreza y desigualdad, a pesar de una leve mejoría en la primera parte de la década, han tendido a deteriorarse posteriormente, incrementado en intensidad y crueldad, de suerte que millones de colombianos viven en inaceptables situaciones de miseria. La participación democrática no parece haberse incrementado sensiblemente” UPRIMNY, Rodrigo, “Constitución de 1991, Estado Social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas”, en *El debate a la Constitución*, A.A.V.V, en *El debate a la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia/ILSA, Bogotá, 2002, pp. 57 y 58.

⁸⁶ Es pertinente señalar que Colombia a finales de la década de los años 80 del siglo anterior y comienzos de la del 90 transitaba por una coyuntura crítica, caracterizada por el recrudecimiento del conflicto armado interno, la violencia generada por el narcotráfico, el abuso del mecanismo excepcional del estado de sitio, un legislador poco comprometido con los derechos fundamentales y un estamento judicial anacrónico en donde primaban las formalidades en desmedro del derecho sustancial. En ese contexto,

Si bien es cierto el cambio del orden constitucional no tiene la potencialidad suficiente de transformar *motu proprio* las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales, la experiencia colombiana indica que la Constitución de 1991 ha significado un motor dinamizador de la justicia en general y de la justicia constitucional, en particular, en relación con la protección de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, creada en el proceso constituyente de 1991, es un ejemplo de ello. Su jurisprudencia ha desempeñado un papel importante en la adopción del Estado social de derecho, por cuanto a través de su jurisprudencia ha construido las bases que han permitido que dicha cláusula produzca efectos jurídicos y no sea reducida a una norma programática con meros efectos políticos o simbólicos.

En efecto, la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Constitucional en relación al Estado social de derecho es basta y compleja, por cuanto ha relacionado la cláusula con varias temáticas y en diferentes escenarios de relevancia constitucional, tales como el derecho al mínimo vital, la democracia, el régimen político, las medidas de protección a favor de personas en debilidad manifiesta, los servicios públicos, los derechos fundamentales (de libertad y sociales), etc.

En aras de la congruencia temática de la investigación, se privilegiará el análisis de fallos relevantes que versan sobre el Estado social de derecho en relación a los derechos sociales, con los cuales tiene una inescindible correspondencia y afinidad.

4.1 Primera etapa: la interpretación entusiasta de la cláusula del Estado social

la nueva arquitectura constitucional es una respuesta jurídico política importante que obliga a un cambio en las estructuras públicas y que exige respeto y garantía de los derechos fundamentales como fin básico del Estado.

En 1992, en su primer año de actividad, la Corte Constitucional profirió importantes pronunciamientos jurisprudenciales referentes al Estado social de derecho, las cuales tuvieron destacadas consecuencias a nivel teórico, jurídico y político.

Lo anterior se explica por la ausencia de doctrina y jurisprudencia en el país alrededor de su noción y alcance, pues “se apoyan en el vacío jurisprudencial existente en aquel entonces para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana”⁸⁷. Desde sus primeras decisiones, la Corte afirmó que la incorporación de la cláusula de Estado social y democrático de derecho “no es una proclama retórica, ya que tiene profundas implicaciones jurídicas y políticas”⁸⁸. Así, en la sentencia T- 406 de 1992⁸⁹, la Corte Constitucional protegió los derechos de salubridad y al medio ambiente, tras un amplio desarrollo de las implicaciones del Estado social de derecho, de la cual se extraen las siguientes conclusiones:

1) El Estado social de derecho debe ser visto como una “norma autónoma”, cuyo sentido y alcance no puede ser dilucidado a partir de una hermenéutica restringida al análisis de su texto, habida cuenta que “cada una de las palabras del artículo⁹⁰ posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del

⁸⁷ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª. edic., Universidad de los Andes/Legis, Bogotá, 2006, p. 164.

⁸⁸ Ver las sentencias T-406/92, T426/92, C-479/92, T-533/92, T-570/92.

⁸⁹ Esta providencia resolvió un caso relacionado a la vulneración del derecho al medio ambiente debido a la inconclusa construcción de un alcantarillado, el cual entró a funcionar pero ocasiono contaminación y afectación a la salubridad pública de varias personas.

⁹⁰ Se refiere al Artículo 1° de la Constitución Política que prescribe: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias”⁹¹ En ese orden de ideas, la cláusula es una norma autónoma que por su enorme carga semántica exige una interpretación amplia para decantar su alcance.

2) La Constitución del Estado social de derecho “está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma”.⁹²

3) Los actos del legislador entendidos como emanación de la voluntad popular pierden su protagonismo y surge en el nuevo modelo de Estado una mayor preocupación por la eficacia de las disposiciones constitucionales a nivel judicial, en el marco de una justicia material y el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Por consiguiente, en el Estado social de derecho el juez tiene un importante papel dirigido al logro de la eficacia de los derechos fundamentales.

En la sentencia T-426 de 1992⁹³, el tribunal constitucional protegió el derecho a la seguridad social y al mínimo vital⁹⁴, pese a no estar consagrados expresamente como derechos iusfundamentales, al considerar que cuando estos derechos se predicen de una persona que requiere especial protección (personas de la tercera edad), se erigen como criterios de fundamentabilidad.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ Los supuestos fácticos de este caso se refieren a una persona de la tercera edad quien reclamaba, ante la muerte de su cónyuge, la sustitución pensional como medio para proteger su derecho a la subsistencia o al mínimo vital.

⁹⁴ Para ver el desarrollo de la Corte Constitucional en materia de mínimo vital consultar las sentencias: T- 185 de 1993, T -323 de 1996, SU- 111 de 1997, C- 251 de 1997, SU- 480 de 1997, T- 645 de 1997, SU- 022 de 1998 y SU- 39 de 1998.

Según esta providencia el Estado social de derecho hace referencia a una forma de organización política, cuyo objetivo principal es luchar contra las penurias económicas o sociales a través del respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales, no solo de contenido civil y político, sino también de tipo social.

Es importante señalar que este es el primer fallo en donde la corte adscribe el derecho al mínimo vital (como derecho fundamental) al ordenamiento jurídico colombiano. Tal como puede observarse, la fundamentación de esta decisión es tributaria de la concepción de Estado social de derecho, por cuanto considera a este derecho innominado como un corolario lógico de derecho del modelo de Estado imperante.

En resumen, la providencia tiene dos conclusiones importantes las cuales se derivan de la cláusula Estado social de derecho. La primera, la existencia de precisos mandatos y obligaciones dirigidas al Estado y la sociedad. La segunda, el reconocimiento por adscripción interpretativa del derecho social fundamental al mínimo vital.

En la sentencia T- 533 de 1992⁹⁵ la corte señaló que en el Estado social de derecho se supera el concepto de asistencia caritativa para llegar a un derecho irrenunciable a la seguridad social integral⁹⁶, sin desconocer que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende directamente de las condiciones fácticas de la sociedad y de su adecuada distribución. Empero, reconoció que “cuando una persona demuestra la

⁹⁵ En esta sentencia la Corte estudió el caso de una persona de la tercera edad, que carecía de medios económicos, y cuya familia se encontraba materialmente disuelta. El afectado acudió al amparo constitucional, para solicitar se ordene al Estado una operación en los ojos con el fin de recuperar la visión y poder trabajar.

⁹⁶ La Asamblea Nacional Constituyente en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria acerca de la Finalidad Social del Estado y la Seguridad Social señaló: “Nuestra opción es por un Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social”. Gaceta Constitucional No. 78, mayo 1991, p. 2.

circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (CP art. 13), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación”.

En efecto, derechos sociales como la salud, la seguridad social, la protección a la tercera edad, tradicionalmente tratados por la jurisprudencia colombiana como programáticos, pueden llegar a erigirse en derechos públicos subjetivos de aplicación inmediata, cuando el afectado se encuentra en una condición de debilidad manifiesta que le impide gozar de su derecho al mínimo vital.⁹⁷

Se advierte cómo la Corte reconoció la vinculancia jurídica del Estado social derecho, al considerarla como norma autónoma que consagra un principio constitucional. De igual forma, hace notoria la íntima relación del Estado social de derecho con conceptos como el mínimo vital, el reconocimiento de la dignidad humana, la incorporación de los derechos económicos sociales y culturales (como derechos exigibles), todo esto, a la luz del principio democrático. En ese orden de ideas, se hace hincapié que el Estado social y democrático de derecho no solo tiene obligaciones negativas, pasivas o de abstención, sino que también sobre él descansan obligaciones de hacer que se traducen en prestaciones positivas, sobre todo en materia social.

Es importante señalar que en sus primeras sentencias la Corte le dio al Estado social de derecho el estatuto de principio constitucional, pero fue vacilante ya que en otras ocasiones lo trató como un fin o un valor, lo cual denota una imprecisión teórica, pero con amplios avances en relación a la protección de los derechos fundamentales, en especial los de contenido social.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1992.

4.2. Segunda etapa: hacia el rescate del principio democrático, la imperativa mediación del legislador

En la sentencia C-566 de 1995⁹⁸, la Corte señaló que si bien la orientación social del Estado, elevada a rango constitucional y diseminada en varias de sus disposiciones, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público, es el legislador quien debe definir en cada coyuntura histórica, de conformidad con la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación.

A partir de este fallo la Corte dio un viraje hacia las exigencias estrictas del principio democrático, ya que del Estado social de derecho *per se* no puede ser “una mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales”⁹⁹. En ese orden de ideas, el juez constitucional no puede decidir solo con la cláusula del Estado social casos específicos y su eficacia depende de contenidos legales concretos que la desarrollen.

⁹⁸ Correspondió a la Corte, en sede de control de constitucionalidad, “establecer si el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios debía necesariamente consagrar el *subsidio pleno* para los consumos básicos de quienes no estén en condición económica de pagarlos” Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995. Como el legislador solamente concedió un *subsidio parcial*, estimó la Corte que esta decisión no es inconstitucional ni vulnera los “principios de igualdad ni de la cláusula del Estado social de derecho”, habida cuenta que “desde el punto de vista jurídico, el subsidio parcial es fruto de un juicio de ponderación entre principios concurrentes” (ibíd.) y que han sido observados por la ley dentro de las posibilidades materiales y legales existentes y en el marco de los principios de eficiencia en la prestación de los servicios públicos y redistribución del ingreso.

⁹⁹ Al respecto agregó: “Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con un capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.” (Se subraya). Corte Constitucional, sentencia C-566 de 1995.

4.3. Tercera etapa: el Estado social como cláusula normativa a concretizar

En la sentencia de unificación SU-111 de 1997, a propósito del caso de una mujer de la tercera edad que sufría una enfermedad regenerativa, el tribunal constitucional no acogió sus pretensiones de protección al mínimo vital y al derecho a la salud, al estimar que por el hecho de no estar afiliada a la entidad médica tratante -pues había cesado la relación laboral de la cual dependía su afiliación- no era procedente ordenar su amparo, debido a la imposibilidad de aplicar de manera directa “cláusulas programáticas” o inferir derechos o posiciones jurídicas de la cláusula del Estado social de derecho a través de un ejercicio hermenéutico¹⁰⁰.

Con este pronunciamiento la Corte modificó sustancialmente su pensamiento inicial, al estimar que la cláusula del Estado social de derecho no puede ser aplicada como norma autónoma, pues debe desarrollarse por el legislador para surtir efectos jurídico-normativos de carácter subjetivo. Es decir, reconoció en el legislador la facultad de concretar la cláusula, a la luz de su valoración fáctica y análisis presupuestal. Al respecto, afirmó:

¹⁰⁰ Al respecto dijo la Corte: “La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario”, Corte Constitucional, sentencia SU-111 de 1997.

“La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.” Corte Constitucional, sentencia SU-111 de 1997.

“Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial”¹⁰¹

Según esta providencia, de la cláusula Estado social de derecho y de los derechos sociales no es posible deducir *per se* posiciones jurídicas exigibles judicialmente, toda vez que la edificación del Estado social de derecho y la justiciabilidad de los derechos sociales, no es una tarea de competencia exclusivamente judicial, sino que inexorablemente el legislador debe intervenir, bajo la égida de su legitimidad democrática, con miras a desarrollar adecuadas estrategias para su construcción, tales como mecanismos judiciales de protección, políticas públicas, organización burocrática, asignaciones presupuestales, etc. En suma, es el legislador el protagonista fundamental de la vigencia del Estado social de derecho y de los derechos sociales.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 1997, al declarar la constitucionalidad del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, afirmó que los fines y la filosofía del denominado “Protocolo de San Salvador” son congruentes plenamente con los que informa el Estado social de derecho, por cuanto este modelo implica que las autoridades estatales “busquen no sólo garantizar a las personas esferas libres de interferencia ajena, sino que es su deber también

¹⁰¹ *Ibid.*

asegurarles condiciones materiales mínimas de existencia (mínimo vital) por lo cual el Estado debe realizar progresivamente los llamados derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁰²

Con base en lo anterior, la Corte reiteró que las personas tienen derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material, lo cual se colige de manera directa de los principios constitucionales de Estado social de derecho y de la dignidad humana. De esta manera, existe una inescindible relación entre la cláusula del Estado social de derecho, el reconocimiento de la dignidad humana y la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la sentencia SU-747 de 1998¹⁰³, el tribunal constitucional señaló que mientras el modelo de Estado de derecho liberal buscaba ante todo limitar el poder, para que no pueda amenazar los derechos y libertades de los ciudadanos, el Estado social de derecho acoge esa limitación del poder, pero también debe cumplir con unos fines en la sociedad, lo cual implica que intervenga en ella. En ese orden de ideas, “la Constitución dentro de este último modelo de Estado representa un cuerpo armónico de valores - acerca de cómo debe configurarse la comunidad social y política-, que debe encontrar su aplicación práctica, y ello produce tanto deberes para el Estado como para los asociados.”¹⁰⁴

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1997.

¹⁰³ En esta sentencia la Corte estudió el caso de unas personas que habían sido nombrados como jurados de votación, y que debido a las amenazas de un grupo guerrillero renunciaron a cumplir esa labor. Los demandantes afirmaban que la decisión del Estado de no aceptar su renuncia constituía una vulneración al derecho internacional humanitario y a sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, porque los involucraba en el conflicto armado y los convertía en objetivos militares. La Corte desestimó la acción al considerar que en el lugar donde se iban a celebrar las elecciones existieron las condiciones necesarias para garantizar la seguridad de las mismas, por la cual debían cumplir con la obligación impuesta y que su renuncia no procedía.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-747 de 1998.

La Constitución al declarar que Colombia es un Estado social de derecho, y que deriva su legitimidad de la democracia, concreta su naturaleza esencial en los siguientes tres elementos: Estado de derecho¹⁰⁵, Estado social¹⁰⁶ y Estado democrático¹⁰⁷. En suma, un Estado constitucional.

Por otra parte, en la sentencia SU-225 de 1998¹⁰⁸, el tribunal constitucional constató una tensión entre los derechos fundamentales de unos menores y el principio democrático. Para solucionar este conflicto de principios y derechos constitucionales ensayó una vía hermenéutica en lo atinente a derechos sociales, que en criterio de la Corte es la más cercana a las directrices del Estado social y democrático de derecho, ya que “supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es

¹⁰⁵La noción “Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.” *Ibíd.*

¹⁰⁶El elemento social señala que “el ejercicio del poder del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” *Ibíd.*

¹⁰⁷3) Que “la definición del Estado colombiano como democrático entraña distintas características del régimen político : 1) Que los titulares del poder público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; 2) que los ciudadanos no están limitados a elegir y ser elegidos, ya que también pueden controlar e intervenir en la toma de decisiones a través de mecanismos de participación ciudadana; y, finalmente, la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos”. Corte Constitucional, sentencia SU-747 de 1998.

¹⁰⁸ En esta sentencia se aborda el caso de unos padres de familia de bajos recursos, quienes en representación de sus hijos menores, entablaron una acción de tutela contra el Ministerio de Salud porque les vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra la meningitis.

definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales”. A juicio de la Corte, la vía de escindir los derechos sociales en dos contenidos –básico y complementario- es la única manera de aplicar de manera coetánea las normas constitucionales en tensión, ya que, por un lado, respeta el principio de supremacía constitucional concretado en el carácter fundamental de los derechos de los niños y, por otro, acata el imperativo del principio democrático.

De esa manera, se protegió el derecho fundamental al mínimo vital¹⁰⁹ de los derechos de salud de los niños, pese a que no existía desarrollo legislativo ni una política pública que cubriera los costes de la vacuna solicitada. Esta protección se hizo debido a que el alto tribunal encontró en la omisión de los poderes públicos una violación palmaria “al contenido esencial del derecho fundamental a la salud de los menores cuando el Estado, pudiendo evitar la afectación a la salud, deja de hacerlo, generando una circunstancia de riesgo que de ninguna manera puede ser evitada o conjurada por el menor y que amenaza seriamente su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización”.

Por otra parte, sostuvo la Corte a partir del principio de igualdad que los poderes públicos tienen un mandato constitucional que se concreta en la “cláusula de erradicación de injusticias presentes”, la cual refiere a un deber por parte del Estado de eliminar la discriminación y la marginación de sectores poblacionales que no pueden suplir sus necesidades básicas.

Posteriormente, se presentó una demanda de inconstitucionalidad parcial en contra de la ley anual de presupuesto general de la nación para la

¹⁰⁹ Según la Corte “la doctrina constitucional (del mínimo vital) se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana.” Sentencia SU-225 de 1998.

vigencia fiscal de 2001, en la cual se alegaba que el legislador no incluyó las apropiaciones suficientes para aumentar el salario de los empleados públicos en un monto igual o superior a la inflación del año anterior, con lo cual se vulneraron preceptos constitucionales que reconocían la remuneración vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo y el aumento salarial.

Mediante sentencia C-1064 de 2001 la Corte negó la demanda, pero definió varios criterios vinculantes¹¹⁰, a los cuales debe sujetarse la política salarial de los trabajadores y empleados del sector público central. Este fallo tiene un importante contenido teórico en relación al Estado social de derecho. Se pone de manifiesto la diferencia con el modelo de Estado de bienestar, al señalar que el Estado social de derecho como fórmula política no es idéntico, ni tiene relación necesaria con el modelo económico de Estado de bienestar, habida cuenta que si bien es compatible con el Estado social de derecho no es su única manifestación institucional.

¹¹⁰ Los criterios son los siguientes: “1) Todos los servidores públicos tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario (...); 2) Los salarios de dichos servidores públicos deberán ser aumentados cada año en términos nominales; 3) Los salarios de dichos servidores públicos que sean inferiores al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central, deberán ser aumentados cada año en un porcentaje que, por lo menos, mantenga anualmente su poder adquisitivo real; 4) Los salarios de los trabajadores no cobijados por el criterio anterior, serán aumentados de tal forma que los reajustes anuales de estos servidores consulte el principio de progresividad por escalas salariales con el fin de que el incremento de quienes ganen menos sea porcentualmente mayor. Para que dicha progresividad sea estricta no deberá existir entre uno y otro grado o escala una diferencia desproporcionada. Las limitaciones al derecho a mantener anualmente el poder adquisitivo del salario de estos servidores sólo son admisibles constitucionalmente si ellas están dirigidas a alcanzar un objetivo de gasto público social prioritario y son estrictamente necesarias y proporcionales para lograr la realización efectiva de este objetivo; 5) Si al aplicar el cuarto criterio, resultare una diferencia entre el aumento salarial nominal anual y el aumento salarial real anual, ambos globalmente considerados, este ahorro fiscal deberá destinarse a gasto público social en beneficio de las personas especialmente protegidas por la Constitución, como por ejemplo los niños, las madres cabeza de familia, los desempleados, los discapacitados, los desplazados o los integrantes de otros grupos vulnerables, o a programas sociales constitucionalmente prioritarios, como por ejemplo, los de alimentación y cuidado de indigentes, cubrimiento de pasivos pensionales, educación y capacitación y salud; 6) Para dar cumplimiento a la Constitución, en los términos de la presente sentencia, las autoridades adoptarán las decisiones y expedirán los actos de su competencia” Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001.

Reiteró que el compromiso fundamental del Estado social se concreta en el logro de la igualdad material de sus asociados a través de acciones o actos de las instituciones públicas, dirigidos a la inclusión y participación de todos los miembros de la sociedad, en especial los más vulnerables, con el fin de respetar, garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de todas las personas, y así erradicar las desigualdades fácticas existentes.

Y el desarrollo jurisprudencial más interesante consistió en las denominadas manifestaciones concretas del Estado social de derecho, entre las cuales se encuentran “los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P.); apoyar a los desempleados (artículo 54 C.P.) y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (artículo 334, inciso 2); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (artículo 366 C.P).”

Con fundamento en lo anterior, la Corte definió en dicha sentencia que el principio del Estado social de derecho “es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas”.

Igualmente, dijo que dicho principio “no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana”. De esta manera, se dejó a salvo el principio democrático de libertad de configuración legislativa y de diseño de políticas públicas radicada en el ejecutivo.

En consecuencia, el Estado social de derecho es una cláusula normativa con verosímiles efectos jurídicos si se interpreta y aplica de tal manera que sus contenidos se relacionen con materializaciones concretas de sus postulados, claro está respetando el principio de libertad de configuración legislativa. Sin embargo, en el evento de presentarse omisiones legislativas que no desarrollen los derechos fundamentales, el juez constitucional deberá aplicar las disposiciones constitucionales de manera directa con el fin de salvaguardar el principio de inmunidad de dichos derechos. Al respecto, dijo:

“La ausencia de desarrollo legislativo de los derechos constitucionales no puede significar el aplazamiento o recorte de los derechos que, por su naturaleza, requieren de la actuación de las autoridades públicas para asegurar su cumplimiento. Lo contrario significaría que la realización de los derechos constitucionales estaría librada a la contingencia de las fuerzas políticas del momento, lo que desdice de su carácter de derechos. Así, el principio de inmunidad de los derechos sustrae a éstos de la libre disposición por parte de las mayorías. Debe la Corte, en aplicación del principio de efecto útil de las normas constitucionales, interpretar el alcance de los derechos constitucionales”.¹¹¹

En la sentencia C-077 de 2003, la Corte negó declarar la inconstitucionalidad del estatuto de profesionalización docente al considerar que para que la cláusula del Estado social de derecho produzca sus efectos normativos, es menester que quien sostenga su violación dilucide sus manifestaciones concretas en relación con otras

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001.

normas que la desarrollan y no simplemente una invocación en abstracto¹¹².

Por otra parte, en la sentencia C-776 de 2003¹¹³, la Corte reiteró su criterio sobre el Estado social de derecho (fijado en las sentencias C-1064 de 2001, C-566 de 1995 y SU-747 de 1998) y precisó un criterio importante según el cual dicha cláusula es un “principio medular de nuestra organización política”, el cual tiene un amplio alcance en la relación autoridad-persona humana y está reforzado por los principios constitucionales de dignidad humana, trabajo, solidaridad (art. 1° de la C.P.) e igualdad (art. 13 de la C.P.)¹¹⁴.

¹¹² Según la Corte, “[p]ara que pueda desplegarse el valor normativo del principio constitucional del Estado Social de Derecho se requiere que quien lo invoque ponga de presente cual es alcance concreto que el mismo tiene en una situación determinada y ello, con frecuencia, implica la referencia a otras normas que lo desarrollan y actualizan y cuya interpretación, en el caso particular, deba hacerse a la luz de los postulados de ese principio constitucional. En el presente caso, la mera invocación del principio del Estado Social de Derecho y la afirmación de que sus postulados resultan violados por la existencia de un determinado sistema de evaluación de los docentes, no es suficiente para articular un cargo de constitucionalidad que habilite a la Corte para emitir un pronunciamiento de fondo” Corte Constitucional, sentencia C-077 de 2003.

¹¹³ En esta sentencia se declaró la constitucionalidad de la Ley 788 de 2002 (con excepción del artículo 116), por medio de la cual se expidieron normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial y se dictaron otras disposiciones.

¹¹⁴ “Bajo el primer principio fundamental, la dignidad humana, las autoridades públicas no pueden tratar al ser humano como una cosa o mercancía, ni ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida ésta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. El principio fundamental del trabajo sobre el que igualmente se funda el Estado Social de derecho (art. 1° de la C.P.) justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, como ya se anotó, “para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (artículo 334 inciso 2 C.P.). De esta forma, el Estado Social, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo (artículos 25 y 53 C.P.) La solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental del que se derivan múltiples principios –por ejemplo, los de equidad y progresividad tributaria (artículo 363 C.P.)–, derechos –por ejemplo, a la seguridad social (artículo 48)– o deberes –por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas–, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares (...) El principio

A partir de lo anterior, el tribunal constitucional infirió profundas diferencias entre el Estado social de derecho y el Estado de derecho clásico:

“El Estado Social de Derecho ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). Para ello, el Estado cuenta con facultades amplias de intervención en la economía, las cuales han de estar orientadas a lograr los fines generales del Estado y los fines especiales de la intervención económica enunciados principalmente en el artículo 334 de la Constitución. Entre estos fines especiales se destacan el de "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" (art. 334 de la C.P., inc. 2°).

Para el logro de sus propósitos, el aparato estatal detenta amplias potestades de intervención económica, las cuales están orientadas a lograr los fines generales y especiales del Estado, como por ejemplo el de "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" (art. 334 de la Carta, inc. 2°).

y derecho fundamental a la igualdad –en sus múltiples manifestaciones, incluyendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13, C.P.)–, representa la garantía más tangible del Estado Social de derecho para el individuo o para grupos de personas expuestos a sufrir un deterioro de sus condiciones de vida como sujetos de una sociedad democrática –donde todas las personas merecen la misma consideración y respeto en cuanto seres humanos. Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución que la jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un principio el derecho fundamental al mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior” Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2003.

4.4. Cuarta etapa: el principio del Estado social hace posible la fundamentabilidad de los derechos sociales

La fuerza vinculante de la cláusula del Estado social de derecho ha alcanzado una máxima importancia cuando contribuyó al reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales y a su goce efectivo, ya que “es un mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina una de sus funciones principales en un Estado Social de Derecho”¹¹⁵.

En un primer momento, la Corte extrajo de la cláusula del Estado social de derecho obligaciones positivas y negativas exigibles al poder público. En efecto, señaló¹¹⁶:

“[S]e derivan dos clases de deberes diferenciados para el Estado: (i) por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas encaminadas a lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, dando así cumplimiento a sus obligaciones internacionales y constitucionales de lucha contra la pobreza y progresiva satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”-; y (ii) por otra, se debe abstener de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a generar más pobreza de la que actualmente agobia al país, y agraven la situación de exclusión o marginación de determinados sectores de la sociedad, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones económicas precarias; mucho más si, como consecuencia de tales políticas, programas o medidas, se acaba por empeorar la situación material de quienes ya están en circunstancias extremas de subsistencia”¹¹⁷.

¹¹⁵ Sentencia T-772 de 2003.

¹¹⁶ El tribunal constitucional dirimió un conflicto entre derechos fundamentales y protección de un bien público, y tuteló los derechos fundamentales a la dignidad, al mínimo vital y al debido proceso de un vendedor informal, bajo la égida de los efectos jurídicos del Estado social de derecho, a quien la policía lo había desalojado del espacio público y le había decomisado su mercancía. Corte Constitucional, sentencia T-772 de 2003.

¹¹⁷ Ver, en este sentido, la sentencia C-671 de 2002.

Es decir, la referida cláusula conlleva unos objetivos específicos al Estado, los cuales adquieren fuerza vinculante al materializarse en deberes jurídicos de acción y de omisión.

Es preciso señalar la importancia que se le atribuye a las acciones positivas de las autoridades públicas en la protección de los derechos sociales. Un caso relevante es el que tiene que ver con las víctimas del desplazamiento forzado a raíz del conflicto armado interno que afronta Colombia, frente al cual la Corte declaró el “*estado de cosas inconstitucional*” y exhortó a los poderes públicos al cumplimiento de sus deberes de respetar y garantizar los derechos de la población desplazada y adoptar medidas conducentes al goce efectivo de los derechos¹¹⁸.

Posteriormente¹¹⁹, la Corte señaló que el derecho a la salud es un derecho fundamental «de manera autónoma», cuando se pueda identificar un derecho subjetivo a partir de normas de rango disímil que rigen el derecho a la salud, las cuales se encuentran: 1) En la Constitución, 2) en los tratados de derechos humanos (bloque de constitucionalidad) y 3) en las leyes y otras normas infralegales que definen las prestaciones específicas a las que una persona tiene derecho¹²⁰. En estos casos, el acceso al

¹¹⁸ Sentencia T-025 de 2004. Dijo la Corte: “Ahora bien, en un Estado Social de Derecho los deberes de las autoridades anteriormente mencionados no se circunscriben a los derechos llamados de segunda generación. Por el contrario, en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos.”

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-859 de 2003.

¹²⁰ Al respecto, en la sentencia T-859 de 2003 dijo la Corte: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las

servicio de salud es derecho fundamental autónomo y, por consiguiente, su negación comporta una violación iusfundamental, ya que se trata de una prestación susceptible de ser amparada constitucionalmente¹²¹.

Por lo anterior, es preciso constatar que la cláusula del Estado social de derecho ha sido un principio jurídico de gran peso argumentativo, que le ha permitido a la Corte Constitucional colombiana sostener la naturaleza iusfundamental de diferentes posiciones jurídicas de carácter social y proteger posiciones mínimas de los derechos sociales de personas que se encontraban en situaciones graves de riesgo, las cuales ponían en peligro o atentaban con su dignidad humana.

En la última y actual fase de desarrollo jurisprudencial, se ha pretendido lograr un equilibrio entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático, tarea nada fácil debido a las tensiones que ello conlleva en relación con el ejercicio de las competencias y la autolimitación de los poderes públicos.

Evolución de la cláusula del Estado social de derecho en Colombia

Primera etapa	Segunda etapa	Tercer etapa	Cuarta etapa
Interpretación pionera (1992 a 1995)	Hacia el rescate del principio democrático, la imperativa mediación del	El Estado social como cláusula a concretizar (1997 a 2003)	El Estado social como principio constitucional para argumentar la fundamentabilidad

obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas – contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. (...).

“No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada, entre otras, en las sentencia T-060 de 2007 y en la sentencia T-148 de 2007.

¹²¹ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en las sentencias T-195 de 2010, T-076 de 2008, T-631 de 2007, T-837 de 2006.

	legislador (1995 a1997)		de los derechos sociales(2003 en adelante)
T-406 de 1992 T-426 de 1992 C-479 de 1992 T-533 de 1992 T-570 de 1992 (entre otras)	C-566 de 1995	SU-111 de 1997 C-251 de 1997 SU-747 de 1998 SU-225 de 1998 C-1064 de 2001 C-077 de 2003	T-859 de 2003 T-772 de 2003 T-025 de 2004 T-760 de 2008

La tabla tiene el siguiente significado:

La Corte Constitucional en sus diversos pronunciamientos sobre la cláusula Estado social de derecho, ha transitado por distintas posiciones sobre el contenido y alcance de la misma. Posiciones radicales que fluctúan entre otorgarle un alcance autónomo a la cláusula como principio constitucional, hasta negar su eficacia jurídica *per se* como norma suprema. Y, de manera ecléctica, una posición intermedia que busca darle efectos condicionados a desarrollos específicos de la cláusula.

Se advierte que en un primer periodo (1992 a 1995) la Corte sostuvo una interpretación radical, según la cual el Estado social de derecho tiene por sí mismo un contenido jurídico exigible, lo cual no dependía de otra norma constitucional o legal para que surta plenos efectos jurídicos, es decir, tenía aplicación “directa” y un peso hermenéutico autónomo en las decisiones judiciales. A la luz de esta interpretación, la Corte amparó derechos sociales y colectivos a través de la acción de tutela, al estimar

que se encontraban en una evidente conexidad con derechos fundamentales individuales, los cuales en el otrora orden constitucional anterior (1886) era imposible proteger, como por ejemplo el derecho al mínimo vital, a la educación, a la salud, etc.

Empero, a partir de 1995 la Corte comenzó a dar un viraje hacia la exigencia de la mediación del legislador para que el Estado social de derecho surta efectos jurídicos (lo cual es razonable en una democracia constitucional). En este cambio jurisprudencial, la Corte afirmó que la concreción del Estado social de derecho obedece a imperativos democráticos y el juez no puede decidir casos concretos con la sola invocación de la cláusula, pues es menester invocar normas (reglas) que la desarrollen.

Finalmente, en los años posteriores a 1997 la Corte se ha orientado a una posición intermedia destinada a reconocer fuerza jurídica de la cláusula, en el entendido de que si ésta es esgrimida como argumento constitucional debe, a la luz de una hermenéutica sistemática, tener a su lado otros fundamentos normativos de carácter constitucional que expresen un desarrollo concreto del Estado social de derecho. Lo anterior es explicable por la abstracción y densidad normativa que tiene la fórmula jurídico política que define al Estado.

De lo anterior, se concluye que la interpretación y aplicación de la cláusula Estado social de derecho en Colombia ha tenido variaciones importantes desde su vigencia. En sus primeros años, la cláusula activó una fuerte intervención judicial a la luz de la preponderancia del principio de supremacía constitucional. Empero, ese papel activo del juez constitucional ahogó el principio democrático, ya que ante ausencia de políticas públicas y frente a claras omisiones legislativas se protegió determinados derechos no solo de naturaleza individual sino colectiva, lo que produjo cuestionamientos críticos. No obstante, ello se puede explicar, por una parte, debido a la tarea protagónica del estamento judicial

otorgada por el nuevo orden constitucional para la protección de los derechos humanos, ante la grave situación de violaciones e irrespeto de los derechos por parte de las autoridades públicas (justificación fáctica); ausencia de desarrollo legal de los mecanismos de protección de los derechos sociales y colectivos (omisión legislativa)¹²², y necesidad de hacer explícito el cambio de modelo de Estado, cuyos efectos vinculantes abarcan a todas las esferas públicas e incumben a los estamentos sociales (efecto pedagógico de las decisiones judiciales).

La segunda etapa fue más conservadora y, por ello, pese a que se solicitó amparo en casos concretos por violaciones a los derechos sociales, la Corte optó por abstenerse de dar efectos autónomos a la cláusula del Estado social como principio constitucional, en aras del respeto del principio democrático. La tercera vía, es la más ecuánime, ya que busca armonizar el principio de supremacía de constitucional (inherente a la cláusula Estado social de derecho) con el principio democrático. Sin embargo, se deja claro que la cláusula no puede tolerar iniquidades sociales palmarias, actos u omisiones de poder arbitrario ni retrocesos en materia de derechos sociales, puesto que ello conllevaría la desfiguración o ineficacia del Estado social de derecho y, por ende, del Estado constitucional.

¹²² Si bien el mismo año en que entró a regir la Constitución de 1991 se expidió el instrumento legal que desarrolló la acción de amparo de los derechos fundamentales denominada “acción de tutela” consagrada en el artículo 86, esto es el Decreto 2591 de 1991, el legislador tardó siete años para expedir los mecanismos procesales de protección de otra clase de derechos, en cumplimiento del mandato del Artículo 88 de la Carta que ordenaba: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.” En efecto, esto sólo se produjo con la expedición de la Ley 472 de 1998, por la cual se regula el ejercicio de las denominadas acciones populares y de grupo.

TITULO II: LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

“Actúa de tal manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana.”

Arthur Kaufmann¹²³

El presente título analiza las relaciones existentes entre la protección constitucional y la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. El objetivo primordial es defender la tesis según la cual, los derechos sociales son concreciones de derechos humanos, fundamentales, subjetivos y vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual se colige de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado. Esa caracterización de los derechos sociales como *ius* fundamentales, subjetivos y vinculantes parten de la idea que los derechos sociales, independientemente de sus garantías, son derechos fundamentales *per se* y, por lo tanto, en un Estado constitucional no pueden quedar al arbitrio absoluto de la libre configuración legislativa ni mucho menos negar su estatuto jurídico justiciable.

Para tal efecto, en primer lugar, se estudia los derechos sociales desde el punto de vista constitucional, con el fin de demostrar que estos derechos gozan de un estatuto jurídico subjetivo de alto grado de importancia, el cual se concreta en que son derechos fundamentales constitucionales y que, por tal razón, vinculan a todos los poderes públicos, en especial al legislativo, quien en una democracia constitucional es el primer llamado a respetarlos, garantizarlos y desarrollarlos (Capítulo I).

Seguidamente, se estudia el grado de desarrollo que ha alcanzado la tutela internacional de los derechos sociales, sus alcances y límites; luego,

¹²³ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 582.

se aborda las obligaciones internacionales del Estado, para demostrar la fuerza vinculante de los derechos sociales en su articulación con el derecho interno (normas de reenvío) y sus efectos en el control de constitucionalidad de las leyes (Capítulo II).

CAPITULO I: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales ante todo son una categoría jurídica del derecho constitucional, esto es, del derecho público interno. Estos derechos adquirieron formalmente rango constitucional por primera vez en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y en la Constitución alemana de Weimar de 1919. No obstante, fue en las constituciones de postguerra, como es el caso de Italia (1947) Y Alemania (1949), con las cuales se inició un proceso de reconocimiento de derechos sociales con mayor relevancia normativa en el contexto de un nuevo modelo de Estado constitucional y, especialmente, con la incorporación de la cláusula del Estado social de derecho y el papel garantista de las jurisdicciones constitucionales, frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos. Ahora bien, pese a su expansivo reconocimiento constitucional e internacional, los derechos sociales han enfrentado serios problemas de vinculación y eficacia jurídica, ya que subsiste una exacerbación política de su significado y, en consecuencia, una percepción devaluada de su naturaleza jurídica. Ello se puede explicar debido a que, “los Estados sociales constitucionales han operado a menudo como simples Estados legislativos y administrativos residuales”¹²⁴, lo cual ha obstaculizado el desarrollo, respeto, garantía y protección de los derechos sociales. Por esta razón, uno de los grandes retos que tiene el Estado constitucional

¹²⁴ Pisarello, Gerardo, “*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*”, Trotta, Madrid, 2008, p. 13.

contemporáneo es lograr una real eficacia y con ello la plena vigencia de los derechos sociales, a través de la actuación efectiva de los poderes públicos y de la vinculación a los particulares. Así, el legislador por medio de la ley y el ejecutivo a través de las políticas públicas, son los primeros llamados a garantizar dichos derechos con fundamento en su legitimidad democrática directa; a su vez, al estamento judicial le corresponde ejercer la función de garante de los derechos frente a la conducta de los poderes públicos, cuando quiera que se atente contra ellos, toda vez que la función y el papel del juez en un Estado constitucional viene también a configurarse como un límite, no antitético sino complementario, a la democracia política.¹²⁵

Tradicionalmente los derechos sociales han sido considerados derechos programáticos, no subjetivos, secundarios o de segunda generación, axiológicamente inferiores y de una estructura diferente a los derechos civiles y políticos, nociones que han conducido a que los derechos sociales no se inserten en el concepto de derechos fundamentales e investidos con plenas garantías¹²⁶; es decir, han afrontado un *status* de inferioridad de cara a otros derechos. Por tal razón, en algunas ocasiones los derechos sociales se han protegido en casos concretos a través del amparo constitucional por medio de la tesis de la *conexidad* con derechos fundamentales clásicos¹²⁷, que si bien ha sido una opción de protección

¹²⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, p. 212.

¹²⁶ Garantía es “una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”. FERRAJOLI, Luigi, “*Democracia y garantismo*”, *Ibid.*, p. 61.

¹²⁷ En Colombia la Corte Constitucional ha estimado que los derechos fundamentales por conexidad “son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de tal forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida” Cfr. Sentencia T-491 de 1992. Este pronunciamiento en relación con el derecho a la salud corresponde al primer periodo del tribunal constitucional, puesto que posteriormente se ha protegido este derecho en otros casos como fundamental

judicial inmediata, subrepticamente avala la idea según la cual los derechos sociales son inferiores o “menos derechos” que los derechos libertades individuales.

El interrogante que intenta despegar este título, a través de un análisis estructural de los derechos sociales, es si estos derechos *per se* pueden ser considerados como derechos subjetivos fundamentales y vinculantes para los poderes públicos o si, por el contrario, constituyen directrices político-programáticas que vinculan al Estado de manera facultativa y discrecional. Al respecto, se defenderá la tesis según la cual los derechos sociales son derechos subjetivos, personalísimos, adscritos a un individuo particular y concreto, y que al ser reconocidos constitucionalmente pueden adquirir el carácter de fundamentales. Dicho concepto no debe confundirse o, mejor, restringirse a la noción de garantía jurisdiccional. Esto significa que si un derecho social fundamental (positivamente consagrado) no tiene una garantía judicial efectiva, por esta circunstancia no se debe negar su carácter supralegal fundamental, su validez constitucional, su grado de vinculación a los poderes públicos y privados, y especialmente su protección frente a la disponibilidad de su contenido esencial por el legislador.

En efecto, si un derecho social carece de una garantía jurisdiccional efectiva parangonable a la tiene un derecho civil o político, no por esto desaparece su carácter fundamental subjetivo, toda vez que éste pertenece a su esencia y naturaleza, mientras que las garantías son mecanismos de eficacia. Lo cierto es que fue voluntad del constituyente elevar a estos derechos a posiciones jurídicas de gran relevancia y por ello los insertó en el ordenamiento constitucional, con lo cual han adquirido un valor superior que vincula necesariamente a todos los poderes públicos

frente a sujetos de especial protección y últimamente como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial, como se analizará más adelante. Un estudio de la jurisprudencia constitucional en sus periodos iniciales, ver: PARRA VERA, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, serie DESC, Bogotá, 2003.

y privados. Una posición contraria conlleva a devaluar su valor jurídico y, de contera, a negar su condición dogmática supralegal, es decir, su carácter fundamental y subjetivo.

Para ilustrar el debate, se presenta el caso colombiano en donde el derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos sociales y específicamente los lineamientos del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante el Comité), han contribuido a construir una dogmática robustecida de estos derechos, lo cual ha permitido identificar posiciones mínimas esenciales de los mismos, consolidar parámetros de constitucionalidad y edificar directrices para resolver causas concretas.

Inicialmente, se estudia la caracterización más relevante de los derechos sociales, su razón histórica y su identidad, lo cual permita allanar el camino para abordar el problema ontológico jurídico de dichos derechos en la dimensión constitucional.

1. EN BUSCA DE LAS IDENTIDADES

Existen dos perspectivas metodológicas para estudiar los derechos: la perspectiva estructural y la funcional. La primera, aborda como problemas a resolver el fundamento de los derechos y el concepto de los mismos. El fundamento pretende responder a la pregunta sobre el *por qué* de los derechos, es decir las razones que justifican su existencia; por su parte, el problema conceptual plantea como pregunta central *qué son* los derechos, con lo cual se trata de describir la realidad de la estructura del sistema normativo.

La segunda perspectiva metodológica es la funcional, con la que se pretende responder a la pregunta del *para qué* de los derechos; es decir, su funcionamiento, el papel o la actividad que desempeñan en el ordenamiento jurídico; desde este punto de vista, se ha considerado que

los derechos cumplen en el sistema jurídico dos importantes funcionalidades: 1) Ser criterios vinculantes de ordenación general (función objetiva); 2) Constituir técnicas o mecanismos de protección al servicio de un individuo particular y concreto (función subjetiva).¹²⁸

1.1. La dimensión histórica de los derechos sociales

La grave crisis humanitaria ocurrida en la primera mitad del siglo XX impulsó, como antes se señaló, un replanteamiento del Estado de derecho, que era concebido en términos estrictamente formales, hacia un Estado de derecho material que se construye a partir del reconocimiento de un principio básico que legitima a la organización estatal, cual es el respeto, protección y promoción de la dignidad humana. Aquí se produjo un gran salto cualitativo en el constitucionalismo. El estatuto constitucional girará en adelante en función de garantizar la vida, los derechos y las libertades del ser humano, considerados universales, inalienables e imprescriptibles.

Si bien era necesario crear y fortalecer mecanismos jurídicos de protección frente al Estado, tanto en el ámbito interno como internacional, bajo la lógica de los límites o abstenciones al ejercicio del poder, se visualizó, igualmente, la necesidad de la acción positiva del Estado en dirección a la promoción de la dignidad humana, y que se concretizó en el reconocimiento de nuevos derechos, los llamados “derechos sociales”¹²⁹, categoría que engloba tanto los derechos económicos, sociales y

¹²⁸ Cfr. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, 2000, p. 73.

¹²⁹ La distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, es atribuida a Theodor H. Marshall. Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, N° 15-16, Vol. II, 1994, p. 651.

culturales, los cuales encuentran su razón de ser en el modelo de Estado social de derecho¹³⁰.

Se parte de la consideración de que es evidente que la existencia de cada persona depende en gran medida de los contenidos y resultados de las políticas públicas, puesto que en una estructura social cada vez más compleja y competitiva, las facultades personales y el mérito no son suficientes para alcanzar los proyectos de vida y la realización humana en comunidad. En este sentido, es tarea del Estado posibilitar o promover las condiciones de existencia mínimas necesarias para el disfrute pleno de las libertades, sin la amenaza de la violencia o de la tiranía de la miseria.

Según Peces-Barba, la pretensión de los derechos sociales es realizar el principio de igualdad “a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios.”¹³¹

En sentido similar Pérez Luño considera que existe “una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales (civiles y políticos) que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad.” En consecuencia, esta clase de derechos tienen como función principal asegurar a los asociados la participación en los recursos sociales y por lo

¹³⁰ Como se señaló anteriormente, la primera Constitución que incorporó derechos sociales fue la mexicana de 1917, que según Asís “es un texto modelo en el intento de combinar el respeto a los derechos individuales con los derechos sociales, que a partir de ese momento comienzan a constitucionalizarse en el mundo entero”. ASIS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Universidad Carlos III/Dykinson, 2001, p. 83. Luego, seguirán la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la española de 1931, cuyo reconocimiento formal no fue suficiente por la ausencia de mecanismos efectivos de garantía.

¹³¹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1999, p. 57.

cual “el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales.” Pero, advierte dicho autor, que el reconocimiento de esta clase de derechos no puede interpretarse como una negación de las libertades, “sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance; ya que éstas, en nuestro tiempo, no pueden concebirse como un atributo del hombre aislado que persigue fines individuales y egoístas, sino como un conjunto de facultades del hombre concreto que desarrolla su existencia en relación comunitaria y conforme a las exigencias de la vida social.”¹³²

Por su parte, Ferrajoli precisa “que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *Estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *Estado de derecho social*.”¹³³

Se trata del proceso de generalización de los derechos humanos, de que habla Bobbio, en donde éstos se generalizan en cuanto a sus titulares y se amplían a nuevos derechos¹³⁴.

Dentro del proceso de internacionalización de los derechos sociales, cabe destacar el impulso dado a los derechos de naturaleza laboral y los

¹³² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edic. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 83 y 84.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. A. Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 861.

¹³⁴ BOBBIO identifica cuatro líneas de evolución de los derechos humanos: 1) Positivización: es el proceso de surgimiento de los derechos humanos como derechos jurídicamente regulados y que llegan a constitucionalizarse; 2) Internacionalización: las cartas de derechos alcanzan dimensiones internacionales; en el caso de los derechos sociales esta etapa comenzará con la creación de la Organización Internacional del Trabajo “O.I.T.” en 1919; 3) Generalización: ampliación de sus titulares y de la formulación de los derechos; 4) Especificación: es el reconocimiento de derechos a titulares diferenciados (igualdad como diferenciación positiva), como derechos de la mujer, de los niños, de los discapacitados, etc. Cfr. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97 a 112.

mecanismos de protección por la Organización Internacional del Trabajo “O.I.T.”, creada en 1919; igualmente, en relación con el conjunto de derechos sociales, el desarrollo producido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹³⁵ y, posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

1.2. Una caracterización relevante

Si bien es cierto que documentos internacionales de Naciones Unidas sobre derechos humanos han declarado que todas sus manifestaciones conforman

una unidad indivisible e interdependiente¹³⁶, es preciso reconocer diferencias de contenido y de propósitos entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por otra, en la distinción entre derechos que persiguen la realización de las libertades en sus diversas manifestaciones y derechos dirigidos a promover condiciones de igualdad material¹³⁷; o entre libertades de un ser humano genérico y abstracto y derechos de una persona humana concreta, situada histórica y geográficamente; o entre libertades preexistentes al Estado, en la óptica

¹³⁵ El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, *la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales*, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” (cursivas fuera de texto).

¹³⁶ Cfr. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en su resolución 41/128 de diciembre 4 de 1986.

¹³⁷ Según Asís, “la igualdad se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad proyectándose básicamente en sus titulares. En este sentido, suele ser habitual diferenciar dos tipos genéricos de igualdad, el formal y el material. El primero de ellos implica la ausencia de discriminación es decir, supone tratar igual a todos los sujetos y por consiguiente, en lo que aquí no ocupa, distribuir los contenidos de libertad por igual entre los ciudadanos. El segundo permite tratar de forma diferente apoyándose en algún tipo de justificación, que no vulnere el sentido de la libertad que preside los derechos. Supone por tanto repartir los contenidos de la libertad de manera desigual.” ASIS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, cit., p. 71.

liberal, y derechos que se estructuran gracias a él, por requerir de los poderes públicos acciones positivas de promoción.

En la doctrina ha hecho carrera la siguiente clasificación de los derechos¹³⁸:

1. Derechos de autonomía: aquellos que tienen como finalidad garantizar un ámbito de inmunidad y no sujeción individual, por corresponder a un sujeto moral con capacidad de elección y con capacidad para elaborar planes de vida; las expresiones más relevantes corresponden al catálogo de los denominados derechos civiles como los derechos a la vida, a la integridad, a la igualdad jurídica, a la libertad, etc.

2. Derechos de participación: constituyen las expresiones de las libertades en su dimensión positiva o de participación, en donde sus titulares reclaman su vinculación a la formación o control de la voluntad estatal; se refieren al ser humano en su condición de ciudadano. Son los derechos de participación política en sus diversos mecanismos, de asociación, reunión y manifestación, de libertad de expresión, voto, etc.

3. Derechos sociales: en general, su rasgo más característico es el poder de exigir por parte de sus titulares prestaciones positivas al Estado y aún a la sociedad.

Con fundamento en lo anterior, es posible deducir las siguientes características más relevantes de los derechos sociales¹³⁹:

¹³⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 132 a 138.

¹³⁹ De conformidad con la Constitución española los derechos sociales reconocidos son los siguientes: Derecho a la defensa y a la asistencia letrada: arts. 17.3 y 24.2; derecho del condenado a pena de prisión a un trabajo remunerado y a los beneficios de la seguridad social, al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad: art. 25.2; derecho a la educación: art. 27.1; derecho al trabajo y a una remuneración suficiente: art. 35.1; derecho de la familia a la protección social, económica y jurídica de los poderes públicos: art. 39.1; derecho de los niños a la protección de sus padres y de los poderes públicos: art. 39.2.3.4; derecho a la formación profesional, a la seguridad e higiene en el trabajo, al descanso y a vacaciones periódicas retribuidas: art. 40.2; derecho a la seguridad social: art. 41; derechos económicos y sociales de los

1.2.1. Derechos de eficacia estatal

Históricamente los derechos sociales surgieron, se legitimaron, se estructuraron y se han desarrollado, en consonancia directa y aún como manifestación de un modelo de organización política dentro del Estado de derecho, como lo es el Estado social. Este modelo se contrapuso al liberal clásico de corte marcadamente individualista y que concebía ideológicamente a la sociedad como el espacio de individuos libres e iguales; su nivel de abstracción de la realidad social no le permitía ver que ésta era compleja, diversa y con grandes desequilibrios en su estructura material; por el contrario, el Estado social ha pretendido responder a las reclamaciones y reivindicaciones de grandes grupos de la población con graves problemas de insatisfacción de sus necesidades básicas y ausencia de oportunidades de desarrollo humano. Es así, como los derechos sociales se han presentado como la concreción de esas aspiraciones de igualdad material.

Como afirma Prieto Sanchís, los derechos sociales no pueden ser pensados sin alguna forma de organización estatal, pues “la mera determinación y el catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable, supone ya un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la

trabajadores españoles en el extranjero: art. 42; derecho a la protección de la salud: art. 43.1; derecho a la cultura: art. 44; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo personal: art. 45; derecho a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico: art. 46; derecho a una vivienda digna y adecuada: art. 47; derecho de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos a la protección adecuada: art. 49; derecho de los ancianos a la protección del Estado: art. 50; derecho de los consumidores y usuarios a la defensa de la seguridad, la salud y de sus intereses legítimos: art. 51. <http://www.cortescm.es/index.php/constitucion> (10/12/2015).

escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades.”¹⁴⁰

En consecuencia, se trata de un proceso dirigido y realizado necesariamente por el Estado, que es el único con legitimidad y capacidad para hacerlo, puesto que tiene potestad para definir el reparto de los recursos y las cargas públicos.

De allí que se justifique la creación y existencia de una compleja estructura de organización de servicios y prestaciones institucionales; de lo contrario, sería impensable que el Estado pudiese intervenir en el caprichoso e impredecible “orden espontáneo del mercado”, en donde opera la ley del más fuerte¹⁴¹.

1.2.2. Derechos generalmente prestacionales

En la doctrina existe un consenso para identificar en general a los derechos sociales como derechos prestacionales, lo cual exige una acción positiva de los poderes públicos¹⁴². Se admite que el Estado debe intervenir activamente en el orden social con el fin de garantizar a todos unas condiciones básicas de bienestar o propiciar un espacio de oportunidades para el desarrollo humano.

¹⁴⁰PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22, sep.-dic., 1995, p. 14.

¹⁴¹ La crítica neoliberal ha cuestionado al Estado social por haber fomentado un excesivo crecimiento de su aparato burocrático, que se ha convertido en un imponente grupo de presión para la política del Estado, como lo hacen los oligopolios empresariales; ha sostenido que la abundante legislación administrativa y la constante planificación de objetivos, conducen a un mayor autoritarismo político en contra de las libertades de empresa. Cfr. MARTINEZ DE PISÓN, José, *cit.* p. 249 y 258. Igualmente, autores liberales más radicales han planteado que la reducción del Estado constituye una situación más favorable para las libertades y en este sentido se habla de “Estado mínimo”. Cfr. NOZICH, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1988. En sentido similar: HAYEK, F.A., *Derecho, legislación y libertad*, 2ª. edic., tres vols., trad. L. Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1985.

¹⁴² Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 17.

Si bien no existen libertades positivas o negativas puras, “sí parece posible afirmar una diferencia *de grado* en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para uno y otro tipo de derechos (derechos-autonomía, derechos sociales)”¹⁴³. El procedimiento más generalizado para lograr su satisfacción es a través del servicio público prestado directamente por el Estado o a través de particulares, con la regulación e inspección estatal. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales es posible garantizar los derechos sociales a través de conductas negativas, de abstención de arbitrariedades, como sucede con el respeto al ejercicio de los derechos de asociación y sindicalización.

1.2.3. Función promocional de los derechos sociales

Desde el punto de vista de la teoría dualista de los derechos¹⁴⁴, existen tres tipos de libertades:

¹⁴³ *Idem*, 21. En cambio, los derechos civiles y políticos se legitimaron bajo la idea de la necesidad de garantías frente al ejercicio arbitrario del poder estatal; se concibieron como contenciones y restricciones al Estado o garantías de no interferencia (libertades negativas). Sin embargo, la idea de que basta la abstención del Estado para que se respeten los derechos no es tan exacta por cuanto para la protección de estos derechos se requiere el desarrollo institucional de una organización policial y judicial para su protección; esto es la inversión de importantes cantidades de recursos fiscales. Por otra parte, respecto de los derechos sociales se objeta que no todos encajan dentro de la relación derechos-prestación, como sucede precisamente con la libertad sindical y el derecho de huelga, de innegable origen social y que aparecen así clasificados por las constituciones y Pactos internacionales, pero que según su estructura son fundamentalmente derechos defensivos o derechos de autonomía porque reclaman la no-interferencia estatal, de allí que Contreras los clasifique como “derechos híbridos”, por cuanto históricamente están vinculados a los derechos sociales y su finalidad es socioeconómica, pero estructuralmente son afines de los derechos de autonomía. Una posición más radical han adoptado autores como T.H. Marshall, J.M. Barbalet, Georg Brunner y Manlio Mazzioti, quienes aplicando un criterio lógico-sistemático sobre el histórico-sociológico, los excluyen como derechos sociales, pues los consideran derechos de autonomía. *Idem*, pp. 22 a 24.

¹⁴⁴ Según esta teoría “solo cabe hablar de derechos cuando se trata de pretensiones morales justificadas (esto es que poseen una justificación ética), incorporadas al Derecho (reconocidas en alguna norma perteneciente al Ordenamiento) y susceptibles de ser eficaces (esto es, pueden ser satisfechas por el Derecho dada la realidad social).” En este sentido los derechos se encuentran justificados por ser “instrumentos que permiten el logro de diferentes planes de vida, desde el presupuesto de la libertad de elección. Los derechos se presentan como contenidos de una libertad instrumental para el logro de la libertad moral”. ASIS, Rafael de, “Sobre el concepto...”, *cit.* p. 12.

1° La libertad como no interferencia, que se identifica con los denominados derechos de autonomía, en donde el individuo es soberano y ningún poder o sujeto puede interferir, corresponde básicamente a los derechos civiles clásicos.

2° La libertad participación es el reconocimiento del valor de la participación en la vida política y social; pertenecen a este grupo los derechos políticos y en sentido amplio los derechos de participación social (en la economía, en la empresa, en la cultura, etc.).

3° La libertad promocional a la cual pertenecen los derechos económicos, sociales y culturales, “trata de facilitar instrumentos necesarios y esenciales con los que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger”¹⁴⁵.

Esta clase de libertad viene a ser como el presupuesto para el disfrute de las otras libertades, puesto que sus titulares “deben contar al menos con unas condiciones mínimas de subsistencia”¹⁴⁶, de allí su carácter de promocional.

Estas ideas ponen de relieve la justificación histórica de reivindicación social de estos derechos; su justificación política como promotores de espacios de participación equitativos; y jurídica, para justificar tratamientos diferenciados o desiguales en consideración a desigualdades de hecho en la estructura social.

1.2.4. Derechos del ser humano contextualizado

Si el titular de los derechos civiles y políticos es un sujeto por esencia abstracto, racional y universal, en cuya concreción solamente importa su

¹⁴⁵ *Idem*, p. 57

¹⁴⁶ *Idem*, p. 70

condición humana, el titular de los derechos sociales es, por lo general, un ser humano contextualizado o concreto, un individuo situado en las dimensiones de tiempo y espacio que requiere satisfacer necesidades básicas y encauzar sus proyectos de vida. En este sentido se habla de derechos de los trabajadores, de las mujeres, de los niños, de los minusválidos, etc. Esto tiene su razón de ser, por cuanto los derechos sociales tienen como principal función responder a las exigencias de igualdad de individuos o grupos que tienen derecho a participar de los beneficios de la vida en comunidad y que históricamente han estado excluidos. Sin embargo, esto no obsta para que los derechos sociales sean considerados universales en potencia, como se observa más adelante.

1.2.5. Derechos de concreción individual

Algunos autores han sostenido que el verdadero titular de los derechos sociales es el grupo o la colectividad y no el individuo específicamente considerado¹⁴⁷.

Al respecto, es preciso distinguir la situación según la cual, por lo general, un individuo aislado es incapaz de satisfacer sus necesidades vitales y que para ello requiere contar con la vinculación social e institucional, y, otra situación es que quien requiere satisfacer necesidades vitales

¹⁴⁷ Al respecto Contreras señala: "La concepción de los derechos sociales como 'derechos de los grupos' ha conseguido un sorprendente predicamento, alcanzando a autores sólidos como GURVITCH o PERGOLESI. Estos autores parecen ver en los derechos sociales (en la línea de T.H. MARSHALL) otros tantos cauces cuya finalidad es canalizar la contribución del individuo a la tarea comunitaria. El verdadero sujeto, el verdadero beneficiario de los derechos sociales, sería la comunidad." CONTRERAS, F., *Derechos sociales...*, cit., p. 29. Sobre la discusión respecto a la existencia de sujetos y derechos colectivos como realidades o ficciones o el problema ontológico entre individualidad y socialidad, ver la obra de Nicolás LÓPEZ CALERA, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad y la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 155 a 166; igualmente, de Andrés GARCÍA INDA, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 2001, pp. 87 a 137.

específicas, es una persona concreta y específica, independiente de su identificación con un grupo.

Según Arango solo los individuos y no los colectivos son titulares de derechos sociales, habida consideración que este tipo de derechos se ejerce de manera individual, dado que su titularidad colectiva es irreconciliable con los principios de autonomía y dignidad humana¹⁴⁸

Lo cierto es que los derechos sociales se concretizan en un titular cierto y determinado que está legitimado a reclamar su satisfacción e, igualmente, frente a un sujeto cierto y determinado como lo es el Estado y, aún, frente a una persona particular como sucede en los conflictos de orden laboral entre trabajador y patrono. Sin embargo, se podría discutir, lo cual supera el objeto de la investigación, si en determinadas circunstancias habría que reconocer la existencia de un sujeto plural portador legítimo de derechos sociales como puede ser una asociación o sindicato que enfrenta la violación de su buen nombre o el derecho a existir, por ejemplo.

1.2.6. Derechos potencialmente universales

Existe una interesante discusión acerca de los límites y proyecciones de la titularidad de los derechos sociales, puesto que algunos autores, como Peces Barba, sostienen que no poseen una universalidad *a priori*, en

¹⁴⁸ Cfr. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, pp. 59-113. En sentido fuerte González Amuschastegui sostiene que solo los individuos son titulares de derechos humanos, lo cual “no implica negar la existencia de bienes públicos o colectivos (medio ambiente, cultura,...) cuya salvaguarda es condición necesaria para la garantía de los derechos humanos, y por tanto está justificada por los mismos derechos humanos”. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001, p. 23. Es la idea muy propia del constitucionalismo liberal, según la cual los derechos son fundamentalmente garantías que sirven al mejor desarrollo y realización de la autonomía individual. Sin embargo, es preciso señalar que desde hace algunas décadas posiciones filosóficas y políticas, críticas al liberalismo como el comunitarismo, el multiculturalismo, el nacionalismo, vienen planteando la necesidad de reconocer a comunidades y grupos como sujetos morales y, en consecuencia, como portadores de verdaderos derechos colectivos. Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “El concepto de derechos colectivos”, en *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, pp.101-126.

donde basta ostentar la condición humana para ser titulares, como sí ocurre con los derechos civiles y políticos, sino que son derechos de aquellos que afrontan la insatisfacción de una necesidad básica. “Consideran relevantes las diferencias y, por consiguiente, parten de la discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos en forma de derechos a quienes están en inferioridad de condiciones”¹⁴⁹. En perspectiva similar se orientan quienes sostienen que dichos derechos son de clase o grupo.

Sin embargo, otros autores, como Contreras Peláez, afirman que si bien es cierto que los derechos sociales surgieron para paliar la situación socio-económica de un sector específico de la población como lo es el de los trabajadores, sus reivindicaciones se han vinculado a un lento proceso de ampliación de la ciudadanía. “Si los derechos sociales fueran *Sonderrechte*, estarían condenados a permanecer en un nivel jurídico inferior al de los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales son, por definición, derechos de *todos* los ciudadanos”¹⁵⁰. En sentido similar, Cascajo sostiene que los derechos sociales aunque “surgidos históricamente como derechos de ciudadanos desiguales, como derechos de parte exigibles en funciones de igualación, se han convertido finalmente en derechos de todos”¹⁵¹.

Lo anterior significa que el concepto de universalidad de los derechos sociales tiene que ver con la titularidad de los derechos y no tanto con su ejercicio, puesto que existen personas que por su condición económica privilegiada no requieren acudir a las prestaciones emanadas del Estado o

¹⁴⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., p. 64.

¹⁵⁰ CONTRERAS PELEÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales...*, cit., p. 33.

¹⁵¹ CASCAJO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 41.

reclamar en su favor la aplicación de determinada legislación, pero esto no impide que en caso de necesitarlo puedan hacer uso de su titularidad¹⁵².

En efecto, las políticas públicas destinadas a realizar los derechos sociales tienden a su universalización o al menos a su generalización, toda vez que persiguen contribuir a la creación de condiciones más favorables para el desarrollo humano, independientemente de la pertenencia a una clase social o del padecimiento de una situación de indefensión. De allí que, por ejemplo, los beneficiarios de los servicios públicos tiendan a ser toda la población. Además, las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos no excluyen a estos derechos de su carácter universal.

En síntesis, con base en lo anterior es posible caracterizar a los derechos sociales como aquellos derechos de concreción individual y potencialmente universales, que desarrollan exigencias de igualdad material y tienen como finalidad la satisfacción de necesidades vitales, en especial a través de la acción promocional y prestacional del Estado (y también de la sociedad)¹⁵³.

¹⁵² Una posición contraria conllevaría a discutir la universalidad de ciertos derechos clásicos como las garantías procesales, con el frágil argumento de que sólo corresponden a quienes son acusados o procesados por el Estado.

¹⁵³ Pérez Luño expresa al respecto: "Así pueden entenderse tales derechos en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos." PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 84. Por su parte Prieto Sanchís afirma: "Así pues, en lo sucesivo por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello". PRIETO SANCHÍS, Luis, cit., p. 21. Y Contreras dice: "Se podría definir como 'sociales', por tanto, *aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo*", CONTRERAS, F. J., *Derechos sociales...*, cit. p. 47.

2. RELACIONES JURÍDICAS EN CUANTO DERECHOS SUBJETIVOS Y FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son la razón de ser y el fundamento esencial del Estado constitucional contemporáneo, por cuanto todo acto de poder que provenga del aparato estatal debe estar en consonancia con el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales de los asociados. Según Pérez Luño, “el constitucionalismo contemporáneo no tendría sentido sin los derechos fundamentales, toda vez que se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional entre el Estado de derecho y dichos derechos, ya que la organización estatal exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de derecho”.¹⁵⁴ En similar sentido, Fioravanti señala que “el mismo Estado se convierte sin más en instrumento, que solamente existe en función de un objetivo a perseguir, de valores a realizar, de necesidades a satisfacer, como en el caso de los derechos sociales”¹⁵⁵

En ese orden de ideas, es evidente que las constituciones de hoy diseñan sus disposiciones de tal manera que el contenido de su parte orgánica y, en general, de todo el ordenamiento jurídico, solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación de los principios, fines, valores y derechos consagrados en la parte dogmática de las mismas. Por ello, no es posible que la interpretación o aplicación de cualquier disposición del ordenamiento jurídico sea antípoda a los contenidos sustantivos plasmados en los derechos humanos, reconocidos tanto en el orden interno como internacional.

¹⁵⁴ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E, *Los derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 7 ed., 1998, p. 19.

¹⁵⁵ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 3ª. ed., 2000, p. 130.

Al respecto, cabe señalar la importancia normativa y hermenéutica de los derechos fundamentales, los cuales al ser positivizados también como principios, valores y/o fines,¹⁵⁶ tienen un alto contenido interpretativo y de integración que irradia todo el ordenamiento jurídico¹⁵⁷, y que vinculan como derecho directamente aplicable a las todas las ramas del poder público¹⁵⁸.

Por otra parte, constituye un lugar común en la doctrina relacionar en forma inescindible las categorías derechos fundamentales y derechos subjetivos, toda vez que el titular de los mismos es un ser humano particular y concreto, es decir un sujeto moral investido de autonomía y dignidad. Por lo anterior, es oportuno exponer los conceptos básicos que alimentan dichas categorías jurídicas.

2.1. El debate actual sobre los derechos subjetivos y sus garantías

La categoría derechos subjetivos como *potestas, ius, dominium y facultas* surgió al amparo de las corrientes del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, en consonancia con la ideología liberal, con el propósito de fundamentar jurídicamente el estatuto o posición desde la cual un individuo se relacionaba con otros sujetos, bajo la categoría de derechos positivos reconocidos y regulados por el Estado¹⁵⁹. Esta problemática fue objeto de estudio básico del derecho privado y sirvió

¹⁵⁶ Por ejemplo, la Constitución española se refiere a la libertad como valor (en el preámbulo y en el artículo 1.1); como principio (en los artículos 9,2 y 10,1) y como norma específica al consagrar constitucionalmente las diferentes formas de libertad en el plano ideológico y religioso (artículo 16); personal (artículo 17); de residencia y circulación (artículo 19); de expresión (artículo 20); de reunión (artículo 21); de asociación (artículo 22), etc.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 286.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (comp), Trotta, Madrid, 2003, p. 33.

¹⁵⁹ Cfr. FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 127 y ss.

especialmente para consolidar la noción de los derechos individuales clásicos y las relaciones patrimoniales acordes con el capitalismo emergente. El concepto de derecho (subjetivo) fue fraguándose desde la edad media en los intentos de redefinir el *ius* y luego evolucionar en la modernidad al asociarlo con la idea de poder y de libertad¹⁶⁰

Si bien no existe un consenso doctrinal sobre el concepto de derechos subjetivos, uno de los criterios valiosos a considerar es el de Hohfeld¹⁶¹, para quien, desde el punto de vista estructural, los derechos subjetivos se pueden concebir como relaciones jurídicas complejas entre dos sujetos respecto a un objeto; esto conlleva a afirmar que las relaciones jurídicas que definen un derecho (subjetivo) no se pueden restringir únicamente a la dicotomía derecho-deber (teoría de la correlatividad). Para Hohfeld, en el derecho subjetivo existen relaciones aún más complejas que vinculan a los sujetos en relación con el objeto. Este autor presenta diferentes tipologías de relaciones jurídicas a las cuales él denomina “opuestos y correlativos”, estos son¹⁶²:

OPUESTOS JURÍDICOS

DERECHO (SUBJETIVO)	NO DERECHO
PRIVILEGIO	DEBER
POTESTAD	INCOMPETENCIA
INMUNIDAD	SUJECION

CORRELATIVOS JURÍDICOS

¹⁶⁰ Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 25.

¹⁶¹ HOHFELD, Wensley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. G. R. Carrió, Fontamara, México, 2004, pp. 47 y ss.

¹⁶² *Idem*, p. 49.

DERECHO (SUBJETIVO)	DEBER
PRIVILEGIO	NO DERECHO
POTESTAD	SUJECION
INMUNIDAD	INCOMPETENCIA

Así, el derecho subjetivo puede escindirse en las cuatro relaciones complejas indicadas en los correlativos jurídicos. De esta manera, un derecho subjetivo es el resultado de una conjunción de distintas relaciones jurídicas (derecho-deber, privilegio-no derecho, potestad-sujeción, inmunidad-incompetencia). En suma, si un sujeto tiene un derecho subjetivo sería titular de un derecho, un privilegio, una potestad y una inmunidad frente a otro sujeto que tendría el correlativo de deber, no derecho, sujeción e incompetencia. Por lo tanto, en el contenido de un derecho subjetivo se edifica un número plural de relaciones no circunscritas únicamente a la correlación derecho-deber. Por ejemplo, si un sujeto es titular de una inmunidad, ello no significa que el otro sujeto solo tenga el deber de respetarla, sino que él no tendrá el poder jurídico para afectarla, es decir, sería incompetente para afectar dicha inmunidad.

Si bien para Kelsen el correlativo pretensión-deber es suficiente para explicar la existencia de un derecho (subjetivo) que lo concibió como derecho reflejo, para Hohfeld es una definición restringida o en sentido estricto del derecho subjetivo, ya que no se puede reducir exclusivamente el derecho subjetivo a la correlación que existe entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado del derecho.

El correlativo privilegio–no derecho, significa que la ventaja o libertad de un sujeto implica el no derecho de otro sujeto. Por lo tanto, en esta relación jurídica siempre habrá un espacio en donde la ventaja o libertad cede frente al no derecho, y habrá un margen que morigera el daño o la

intervención en el privilegio. Por ejemplo, si el sujeto x es titular de un privilegio, el otro sujeto no tendrá el derecho de interferir en esa ventaja o libertad o privilegio.

El correlativo potestad–sujeción, implica la posibilidad que tiene el sujeto titular de lograr una transformación en la relación jurídica que afecta al otro sujeto que se encuentra atado a ese cambio. En efecto, el hecho de que un sujeto se encuentre en sujeción a otro no implica que ese sujeto este obligado, sino que él se encuentra vinculado al poder o competencia del sujeto titular de la potestad. Por ejemplo, si una persona recibe una herencia no implica que él se encuentre obligado con el testador, por el solo hecho de modificar su situación jurídica.

El correlativo inmunidad-incompetencia, significa que un sujeto tiene una inmunidad cuando en relación a otro sujeto éste carece de la competencia necesaria para llegar a afectar esa inmunidad o posición jurídica. Por ejemplo, si una persona es titular del derecho a la libertad de expresión, esto implica que tiene una inmunidad frente a un sujeto (Estado) que no posee el poder jurídico o competencia para afectar esa situación jurídica. Esta relación es de relevancia, ya que los derechos fundamentales constitucionales, principalmente, los derechos civiles y políticos, son concebidos en términos de inmunidades, ya que son límites frente al poder político.

En suma, para Hohfeld un derecho subjetivo no se puede reducir a la relación derecho–deber, ya que sería una visión limitada y reduccionista de las complejas relaciones definitorias del concepto de derecho subjetivo. Por lo tanto, una noción amplia de derecho subjetivo debe necesariamente involucrar las diversas relaciones jurídicas. En congruencia con lo anterior, si se quiere garantizar un derecho (subjetivo) se tendrá que garantizar perentoriamente todo el haz de relaciones que lo conforman.

Para Kelsen, “un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento”¹⁶³. En consecuencia, es una prerrogativa que el derecho objetivo reconoce a una persona, y que le hace sujeto de derecho (en sentido subjetivo)¹⁶⁴.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Guastini¹⁶⁵ afirma que son verdaderos derechos aquellos que satisfacen conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) Son susceptibles de tutela jurisdiccional.
- b) Pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado.
- c) Su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que es su titular.

“Son derechos “sobre papel” –derechos ficticios- todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones.”¹⁶⁶

¹⁶³ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, 13ª edic., Porrúa, México, 2003, p. 157.

¹⁶⁴ Según Cruz Parceró, en la teoría Kelseniana se pueden identificar varios sentidos sobre derecho subjetivo: a) Como reflejo de una obligación, ya que siempre que hay un derecho hay una obligación correlativa; b) En sentido técnico, porque el derecho en sentido estricto es un poder jurídico proporcionado por el ordenamiento jurídico a una persona con ocasión del no acatamiento de un deber por quien está obligado; c) Como permisión positiva, en el sentido de que lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico se puede hacer sin miedo a ser sancionado u obligado a algo; d) Como derecho político, en tanto el individuo puede participar en la formación del derecho; y e) Como libertad fundamental, si y solo si, el ordenamiento positivo faculta al individuo, perjudicado por una ley inconstitucional, con el poder jurídico que conlleva a la derogación de dicha ley. Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 27 – 31.

¹⁶⁵ GUASTINI, Ricardo, “Derechos: una aproximación analítica (DRAFT)”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, trad. A. Greppi, José María Sauca (ed.), Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 134.

Sin embargo, como afirma Cruz Parceró, es una teoría reduccionista, ya que “los intentos de Kelsen se dirigen a tratar de demostrar que, en última instancia, el derecho subjetivo es tan sólo derecho objetivo, es decir, no es otra cosa que una norma jurídica tal y como él la concibe”¹⁶⁷. En efecto, Kelsen no diferencia entre derecho y garantía, es decir, reduce el concepto de derecho subjetivo a la de mecanismo procesal de sanción o protección. De esta manera se confunde la tutela de un derecho con el derecho en sí mismo considerado. En consecuencia, si una posición jurídica no está garantizada por una acción procesal, no se podría considerar como derecho subjetivo.

Ferrajoli, criticando a Kelsen, sostiene que la realidad efectiva del derecho obliga distinguir entre derechos subjetivos y garantías, puesto que no “es posible negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica” ante la ausencia de garantías, ya que en tales casos lo que existiría sería una laguna que debe ser superada por el legislador. Afirma que “[p]osiblemente, en la teoría kelseniana, todo se ha visto oscurecido por el hecho de que, en ella, los derechos patrimoniales se toman como

¹⁶⁶ *Idem*. Con fundamentos en estas posiciones, se ha negado a los derechos sociales su carácter de fundamentales y de manera especial a los denominados por la Constitución española como principios rectores de la política social y económica. Al respecto, Barranco resume esta problemática en tres grupos: “Por un lado, están los que entienden que en esta parte de la Constitución (española) lo que se incorporan son principios de actuación de los poderes públicos y no auténticos derechos que atribuyan posiciones jurídicas a los sujetos. Por otra parte, se encuentran quienes se basan en la indeterminación de las normas que contienen los principios rectores para afirmar la imposibilidad de determinar cuál sería la posición de derecho que de ella se derivaría, e incluso cuál sería el objetivo o el comportamiento prescrito. Por último, y éste es el argumento más frecuente, encontramos los autores que niegan el carácter de derechos fundamentales a los *principios rectores* porque no son “justiciables””. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 311. Según esta autora, existen dos posiciones frente a los derechos subjetivos y su relación con los derechos fundamentales: “En los extremos las respuestas niegan el carácter de subjetivos de los derechos fundamentales para salvar el carácter fundamental de los derechos sociales, o niegan el carácter fundamental de los derechos sociales para salvar el carácter de derecho subjetivo de los derechos fundamentales.”, p. 263.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 28.

figuras paradigmáticas del derecho subjetivo.”¹⁶⁸ En estos casos los derechos que surgen de los contratos son simultáneamente fuentes de correlativas obligaciones. En cambio, en los derechos subjetivos fundamentales, la existencia de las correspondientes garantías “no se da por descontada, al depender de su estipulación expresa por normas de derecho positivo muy distintas de las que adscriben los derechos.”¹⁶⁹

Al respecto Ferrajoli precisa que “la ausencia de las correspondientes garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación”¹⁷⁰. En ese orden de ideas, de facto es posible que no existan garantías correlativas a un derecho subjetivo, es decir, que se susciten lagunas primarias o secundarias por defecto o ausencia de garantías primarias y/o secundarias¹⁷¹, respectivamente; pero que pese a ello, tampoco es viable negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica, ya que en ese supuesto solo se podrá

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (ed.), Trotta, Madrid, 2001, p. 48. Esta crítica es reiterada por dicho autor, pero con mayor énfasis al afirmar: “Esto obedece al hecho de que, al formular sus tesis, Kelsen asume siempre como figura paradigmática del derecho subjetivo los derechos patrimoniales ...” p. 863.

¹⁶⁹ *Ídem*, p. 49.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, p.26.

¹⁷¹ Para Ferrajoli, las garantías primarias son aquellas que establecen obligaciones y prohibiciones (deberes jurídico positivos) y las secundarias las que establecen los órganos obligados a sancionar o a invalidar violaciones. Al respecto, precisa lo siguiente: “Si las *garantías primarias* o sustanciales consisten en los deberes de prestación o de no lesión dispuestos para la tutela de los correlativos derechos, las *garantías secundarias* o instrumentales consistente, como se ha dicho, en los deberes de poner remedios a los actos inválidos o ilícitos, que son inobservancia de las garantías primarias, a través de su anulación o de su sanción (...) En efecto, garantizar un derecho quiere decir resolver dos órdenes de problemas: ante todo el problema de quien debe de satisfacerlo o no violarlo, si todos o algunos, si el Estado u otros sujetos públicos o privados; en segundo lugar, en caso de su falta de satisfacción o violación, el problema es cómo debe ser reparada o sancionada ésta.” FERRAJOLI, Luigi, *Principia juris...*, p. 637. Lo anterior significaría que si se expide una norma de derecho fundamental de la cual se derive un deber jurídico, este solo hecho constituiría una garantía primaria.

configurar una laguna u omisión normativa y afirmar el principio de colmarla.

Por su parte, Alexy señala que “[n]o parece necesario hablar de derechos sólo cuando existe la capacidad jurídica de su imposición, por ejemplo, a través de una demanda. Ciertamente, es posible definir en este sentido el concepto de derecho subjetivo pero, una tal definición estipulativa no refleja el uso existente del lenguaje ni es fecunda para el conocimiento de los sistemas jurídicos”¹⁷².

Siguiendo a Hohfeld, es necesario asumir el derecho subjetivo no solo en el sentido restrictivo derecho-deber, sino también en sentido amplio como un haz de relaciones jurídicas. De allí que la ausencia de garantías jurisdiccionales no puede llevar a la consecuencia extrema de negar el carácter subjetivo de derechos reconocidos positivamente en favor de un individuo particular y concreto, pues ello sería desconocer el carácter ontológico del derecho. Esto significa que si bien la protección jurisdiccional es muy importante, no es un requisito definitorio del concepto de derecho subjetivo, sino que constituye uno de los principales mecanismos de protección.

En consecuencia, la tesis de desligar la noción de “derecho” del concepto de “garantía”, es perfectamente comprendida a partir de las perspectivas

¹⁷² ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 182. Este autor deja planteado el siguiente interrogante, que en su concepto se trata de un problema profundo que afecta la estructura del orden jurídico: “¿Pertenece a un orden jurídico sólo aquello que en cada caso es susceptible de imposición judicial, o pueden pertenecer a él también posiciones que no son susceptibles de imposición judicial porque, por ejemplo, su imposibilidad es inconciliable con el papel que juegan en el orden jurídico o cuya imposibilidad no es reconocida pero, puede ser exigida desde el punto de vista del orden jurídico?” Y luego, comenta al margen; “La respuesta a esta cuestión depende de que el concepto de norma jurídica vigente incluya que aquello que ella ordena puede ser impuesto por un acto coactivo previsto en el sistema jurídico. El *hecho* de que esto valga para la gran mayoría de las normas jurídicas vigentes no justifica sin más la conclusión de que ello resulta del *concepto* de norma jurídica vigente. Tampoco del hecho de que en todo orden jurídico tiene que haber normas dotadas con sanciones estatales (cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, págs. 195, 212), no se infiere sin más que *todas* las normas jurídicas tengan que estar dotadas con sanciones.” *Ídem*, p. 183.

metodológicas antes señaladas, puesto que el conflicto por la ausencia de garantías a los derechos, que en apariencia conduciría a desconocer la naturaleza ontológica de estos, se resuelve satisfactoriamente al ubicar cada concepto en la posición que le corresponde. En efecto, mientras la noción “derecho” hace parte de la perspectiva estructural, es decir, dilucida su concepto, estructura y fundamentación, la noción “garantía” hace parte de la perspectiva funcional, es decir, explicaría el funcionamiento, el papel o la actividad que desempeñan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, bien sea como criterios vinculantes de ordenación general (función objetiva), o como técnicas o mecanismos de protección al servicio de un individuo particular y concreto (función subjetiva)

Es decir, el ser del derecho subjetivo en sus diferentes acepciones pertenece al ámbito de la validez normativa, y las garantías al ámbito de la eficacia. Si bien existe una relación necesaria entre ellas, la insuficiencia o debilidad de las garantías no afecta la existencia del derecho, lo que existe es una omisión que debe ser resuelta normativamente.

2.2. El concepto de derechos fundamentales

En la teoría jurídica existen dos preguntas básicas: ¿Qué es un derecho fundamental?, ¿cuáles son sus elementos esenciales? Se han dado múltiples respuestas destinadas a determinar los criterios y características de su definición e identificación.

Para Alexy, los derechos fundamentales “son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”¹⁷³. Según el autor alemán, entre el concepto de

¹⁷³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed, traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 454.

derecho fundamental y norma de derecho fundamental existe una relación inescindible, ya que “siempre que alguien tiene un derecho fundamental, existe una norma de derecho fundamental que le atribuye este derecho”¹⁷⁴. Estas normas de derecho fundamental pueden ser, a su vez, expresadas a través de normas iusfundamentales directamente estatuidas por la Constitución o normas adscritas interpretativamente de derecho fundamental¹⁷⁵, esto es, las consagradas expresamente como tales en la Carta, en el primer caso, y las normas a favor de las cuales puede darse una fundamentación iusfundamentalmente correcta, en el segundo caso.

Estas nociones de derecho fundamental y de norma iusfundamental son muy importantes para el presente estudio, por cuanto hoy se puede afirmar que una de las características esenciales de los derechos fundamentales radica en su carácter jurídico superior derivado de su consagración positiva, ya sea en normas internacionales o normas constitucionales y, por ende, su plena vigencia no puede depender del discrecional y eventual desarrollo político-democrático en sede legislativa o ejecutiva, máxime cuando la protección de los derechos fundamentales se convierte en obligación imperativa esencial del Estado constitucional, de la cual deriva su legitimidad frente a los asociados (perspectiva funcional).

Desde la perspectiva estructural, Arango señala que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que ostentan un alto grado de importancia. A la luz de esta concepción “no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo derecho subjetivo, -es decir, que se encuentre en relación necesaria con por lo menos una norma jurídica,

¹⁷⁴ *Ídem*, p. 31.

¹⁷⁵ *Ídem*, p. 52.

una obligación jurídica y una posición jurídica- y ostente un alto grado de importancia”¹⁷⁶

Por su parte, Ferrajoli define a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”¹⁷⁷; señala que los rasgos estructurales que los distinguen de otros derechos, son: i) La forma universal de su

¹⁷⁶ Según este autor, los derechos fundamentales para ser calificados como tales, deben guardar relación con los siguientes elementos: 1) Norma jurídica, por cuanto un derecho subjetivo presupone al menos una norma jurídica válida debidamente adoptada como parte de un orden jurídico. Cuando existe un derecho subjetivo debe regir una norma jurídica. No es cierto lo contrario. Es importante señalar que tanto las normas legales como las normas de derechos fundamentales son fuente de derechos subjetivos; 2) Obligación jurídica: un derecho subjetivo no existe sin una obligación jurídica correlativa que obligue a otro a hacer o dejar de hacer algo (objeto del derecho). En la literatura jurídica se habla de la correlación lógica entre derechos subjetivos y obligaciones jurídicas (tesis de la correlatividad). Esta tesis informa que los derechos y las obligaciones son correlativas, es decir, se implican mutuamente. Empero, para Arango la tesis de la correlatividad es errada, por cuanto un derecho subjetivo siempre implica la obligación jurídica de otro, pero no a toda obligación derivada de una norma jurídica corresponde un derecho subjetivo. Es posible que las obligaciones jurídicas sean establecidas sin derechos subjetivos correspondientes y que de ellas no se pueda extraer un derecho subjetivo; por ejemplo, normas jurídicas que obligan al Estado a hacer o dejar de hacer algo a favor de un interés general, sin que estas obligaciones correspondan a derechos subjetivos del individuo favorecido por la promoción de tal interés. Conforme a esta posición no hay obligaciones jurídicas sin normas jurídicas, pero las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa (una norma expresa) o indirecta (por medio de la interpretación de un enunciado normativo, esto es, una obligación que puede ser justificada en otra norma); y, por último, 3) La posición jurídica: en cuanto potestad jurídica reconocida por una norma e interés de su titular a su tutela, la cual desea o persigue jurídicamente. En sentido lógico, una posición jurídica es la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo está en la situación de poder exigir algo de otro. En sentido sustancial o de contenido, una posición jurídica es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie*, porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones en favor del individuo. En sentido político, una posición jurídica significa que el individuo es tomado en serio. Las posiciones jurídicas tienen algo adicional con respecto a las normas y a los deberes, porque pueden ser generadas por vía de la argumentación racional a partir de una o varias normas. Esto se debe a que el individuo es en primera instancia sujeto de los derechos (ciudadano) y no sólo objeto del orden jurídico (súbdito). Cfr. Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 31-32.

¹⁷⁷ http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf (10/12/15).

imputación, ii) su estructura de reglas generales y abstractas, y iii) su carácter indisponible e inalienable.¹⁷⁸

Así, los derechos fundamentales se encuentran sustraídos a la libre disposición de la decisión política o la potestad mayoritaria y pertenecen “a la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no”¹⁷⁹, toda vez que actúan no solo como parámetros de legitimación sino también y, sobre todo, como parámetros de deslegitimación de las acciones u omisiones de los poderes públicos.

De esta manera, los derechos fundamentales son constitucionalizados “como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre – de los derechos de libertad a los derechos sociales – contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere proteger un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y por otro lado al mercado, como derecho, inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”¹⁸⁰

A la luz de lo anterior, Ferrajoli desarrolla cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional, a saber:

¹⁷⁸ Ferrajoli entiende por derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 19- 292. Este autor, identifica también los derechos fundamentales como *leyes del más débil* y lo constata al señalar que esta tipología de derechos surgió históricamente “como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de los sujetos más débiles contra la ley del más fuerte -iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales- que regían en su ausencia”. FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (editor), Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007, p. 82.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías, La ley del más débil* (prólogo de Perfecto Andrés Ibañez), Trotta, Madrid, 2002, p. 24.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p.85.

1) Existe una diferencia radical entre la estructura de los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales, por cuanto los segundos, a diferencia de los primeros, se caracterizan por ser universales, indisponibles, inalienables, intransigibles, personalísimos, no están destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos y son de relación vertical o pública, es decir, regulan relaciones individuo- Estado¹⁸¹.

2) Los derechos fundamentales expresan la dimensión sustancial de la democracia (la dimensión formal de la democracia hace alusión a los poderes de la mayoría), ya que al corresponder universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatuto de personas, constituyen el fundamento y parámetro de la igualdad jurídica. En razón a estos caracteres, los derechos fundamentales son vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como a las del mercado.

3) Los derechos fundamentales tienen naturaleza supranacional, en tanto límites externos y no solo internos a los poderes públicos, y bases de una democracia internacional muy lejos de ser practicada, pero normativamente prefigurada por ellos.

4) No se debe confundir entre derechos y garantías, esto es, no se puede negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas o, en otras palabras, la ausencia de garantías no implica de suyo la inexistencia de un derecho.

Según la cuarta tesis, considerada por su autor como una de la más importantes, es menester diferenciar entre derechos y garantías, por

¹⁸¹ Al respecto, dicho autor señala: "... mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales – para los que además el derecho positivo, aunque solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante eficaces- están en la base de la desigualdad jurídica." FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2011, p. 718.

cuanto si no se hace esa distinción se llevaría al equívoco de descalificar del plano jurídico dos de las más importantes conquistas del constitucionalismo contemporáneo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, puesto que en ausencia de garantías se perdería la connotación de derechos. En consecuencia, la circunstancia de que un derecho fundamental no esté provisto de garantías constitucionales o legislativas suficientes para su materialización no le resta su connotación iusfundamental, ya que “sólo por tal falta y concurriendo las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan”¹⁸².

Sin embargo, existen posiciones divergentes respecto a la caracterización de los derechos fundamentales, como la del profesor Pérez Royo¹⁸³ quien sostiene que los elementos definitorios son los siguientes:

- 1) La eficacia directa y la vinculación a todos los poderes públicos.
- 2) La reserva de ley y el contenido esencial.
- 3) El control de constitucionalidad.

Si bien es cierto estos tres elementos tienen importancia para la vigencia plena de los derechos fundamentales, no son en estricto sentido elementos definitorios de los mismos, por cuanto pertenecen más al ámbito de su funcionalidad y/o eficacia (ser) y no a la de su estructura o validez (deber ser). Al respecto, es pertinente hacer alusión a las tres

¹⁸² *Idem*, p. 49. Este autor distingue entre *garantías constitucionales primarias* que establecen obligaciones y prohibiciones a cargo del legislador, y *garantías constitucionales secundarias* o instrumentales consistentes en los deberes de poner remedios a los actos inválidos o ilícitos, por parte de un juez constitucional. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia juris*, cit., p. 866.

¹⁸³ PÉREZ, Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, novena edición, 2005, p. 275.

dimensiones del derecho a partir de la teoría jurídica: validez, eficacia y justicia.

En la teoría jurídica se diferencian estas tres categorías a las cuales se les reconoce una relativa autonomía. La primera categoría dilucida cuándo estamos frente a un derecho; la segunda, si éste es cumplido o acatado y, la tercera, si es ecuánime. En ese orden de ideas, la validez hace alusión al derecho como norma, la eficacia al derecho como dato fáctico, y la justicia al derecho como valor¹⁸⁴. Si bien un derecho puede ser válido, eficaz y justo, esto no siempre sucede. En efecto, que un derecho sea válido, no implica a la vez que sea eficaz y justo y, por otro, que un derecho sea eficaz o justo, no significa que tiene definida su validez. Es decir, es posible estar frente a un derecho válido, pero ineficaz o eficaz y, a su vez, justo o injusto.

En consecuencia, es preciso preguntar: Si un derecho fundamental es ineficaz por falta de garantías o por falta de desarrollo legislativo, ¿pierde su validez iusfundamental?

La respuesta es negativa, por cuanto la validez de un derecho fundamental se traduce en un grado de jerarquización constitucional, que implica su vinculancia como norma superior y obligatoriedad para todos los poderes públicos, los cuales deben respetar y garantizar su plena vigencia (existencia de garantía primaria). Por ello en ausencia de garantías legislativas de eficacia (inexistencia de garantías secundarias), el Estado estaría inobservando ese derecho fundamental por omisión, lo cual no afecta la estructura de la norma de derecho fundamental. Si esto fuera así, bastaría que el Estado se abstuviera de producir los instrumentos de garantía para que desaparezca la naturaleza y fuerza normativa del derecho, lo cual significaría que en realidad un derecho fundamental estaría expuesto a la discrecionalidad de los poderes

¹⁸⁴ Cfr. BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, GASCÓN ABELLÁN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p.12.

públicos, lo cual es absolutamente inadmisibile en el Estado constitucional. En suma, el derecho fundamental conserva su validez iusfundamental desde el punto de vista del deber ser pese a su ineficacia por ausencia de garantías.

De tal manera, en estricto sentido metodológico, los elementos que Pérez Royo califica como definitorios de los derechos fundamentales, es decir, la eficacia directa, la vinculancia a todos los poderes públicos, la reserva de ley y el control de constitucionalidad, son elementos que no definen ni la validez ni la estructura de los derechos fundamentales sino su funcionalidad y, por ende, su eficacia en el sistema jurídico.

En conclusión, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que tienen una elevada posición jurídica constitucional e internacional, toda vez que están adscritos universalmente a todos los seres humanos, con el carácter de indisponibles e inalienables para los poderes públicos, especialmente el legislador (dimensión vertical) y, además, tienen la función de definir, influenciar o moldear las relaciones sociales (dimensión horizontal). En suma, están investidos de una validez iusfundamental, lo cual conlleva inexorablemente a la exigencia de eficacia normativa frente a los poderes públicos y privados que los vincula.

En consecuencia, no cabe duda en calificar a los derechos sociales como fundamentales puesto que “son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”

Igualmente, en la actualidad muchos doctrinantes alemanes identifican a los derechos sociales con el adjetivo de fundamentales “entendidos como garantía de las bases en que se asienta la existencia individual.”¹⁸⁵ O

¹⁸⁵ HESSE, Konrad, *Significado de los derechos fundamentales*. En “*Manual de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons, Madrid, 2ª edic, trad. A. López Pina, 2001, p. 97. Según este autor comparten esta posición autores como J. P. Müller, P. Badura, J. Isensee, W. Lorenz, E.W. Böckenförde y W. Schmidt. Igualmente, Alexy no duda en calificar a los derechos sociales como fundamentales puesto que “son posiciones que, desde el punto

como los presupuestos materiales necesarios sin los cuales no es posible el pleno ejercicio de las libertades¹⁸⁶.

Para Ferrajoli no hay duda que los derechos sociales son derechos fundamentales, puesto que constituyen derechos primarios o sustanciales de toda persona humana, al igual que las libertades, esto es “expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia”¹⁸⁷, y, en consecuencia, encuadran dentro del concepto de derechos fundamentales entendidos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”¹⁸⁸.

Nino sostiene que los mismos principios que justifican los derechos clásicos son los que también sirven de fundamento a los derechos sociales, pues es inconsistente reconocer unos y desconocer otros. “En realidad, unos y otros derechos humanos no son sino aspectos de los mismos derechos, que en su caso se satisfacen por la acción y en otro por omisión”¹⁸⁹.

de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”, *Teoría de los Derechos Fundamentales, cit.*, p. 494.

¹⁸⁶ Como advierte Añón Roig, “[d]esde el punto de vista de la fundamentación de estos derechos se puede observar la articulación de los valores libertad e igualdad, puesto que si bien su objetivo es reconocer y garantizar un mínimo vital ineliminable, a su vez, exigen concebir las condiciones de existencia como una implicación de la libertad”. AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 310-311.

¹⁸⁷ *Ídem*, p. 25.

¹⁸⁸ *Ídem*, p. 19.

¹⁸⁹ NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 349.

Otra cosa es que debido a la naturaleza y caracterización de los derechos sociales, en la gran mayoría de los casos se requiere intermediación del legislador para lograr su efectiva protección; sin embargo, esto no puede significar que se ponga en cuestión su carácter fundamental, por cuanto éste pertenece al ser del derecho (problema de validez normativa). De tal manera, que las garantías son mecanismos para su realización (problema de eficacia), los cuales no pueden ser necesariamente judiciales, puesto que como afirma Ruiz Miguel, “parece poco sensato sostener que es obligada una estricta judicialización de *todos* los derechos, y especialmente de los sociales de prestación, de modo que en éstos operen también los mecanismos directos que, con el simple enunciado de un precepto constitucional permitan un amparo (...) semejante judicialización daría lugar a un sistema político (y, seguramente económico) radicalmente distinto, y me temo que peor, que el de las democracias occidentales; los jueces deberán decidirlo todo, incluida la aprobación y disposición de los presupuestos, con lo que desaparecería tanto la división de poderes por ausencia de poder legislativo como la responsabilidad política democrática ante los ciudadanos”¹⁹⁰.

Lo cierto es que los derechos sociales concretan constitucionalmente aspiraciones y reivindicaciones éticas comunes, es decir, responden, por un lado, a la satisfacción de sus imperativos morales y, por otro, a la satisfacción de sus necesidades vitales¹⁹¹, con lo cual es legítimo y

¹⁹⁰ RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa* N° 15-16, Vol. II, 1994, p. 672.

¹⁹¹ “La tesis que afirma que las mejores razones para proteger, desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos se encuentra en la apelación a necesidades humanas básicas, encuentra un espacio especialmente fecundo en la relación entre necesidades básicas y derechos sociales, que se halla en la base de la justificación de aquellos principios políticos y jurídicos que han articulado, en diversos contextos, políticas sociales basadas en el principio de responsabilidad del Estado por las necesidades del bienestar de los ciudadanos”: AÑÓN, María José, “El derecho a no padecer de hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda en derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christina Courtis (comp), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara México, 2003, p. 105.

jurídico calificarlos de subjetivos y fundamentales al igual que los derechos clásicos, en la medida en que siempre se concretizan en un ser humano específico.

En el Estado constitucional quienes igualmente están vinculados en sentido fuerte a la realización de los derechos sociales son el legislador y el ejecutivo, en la definición y realización de políticas públicas, entre otras manifestaciones, las cuales sin lugar a dudas están llamadas a constituirse en las mejores garantías de protección de los derechos.

Desde este punto de vista, el hecho de que no existan garantías efectivas para la protección de los derechos sociales constitucionales, es un problema que debe ser resuelto por el legislador, es decir se trata de una omisión legislativa, pero que no afecta su condición subjetiva fundamental ni mucho menos su carácter de norma jurídica constitucional.

2.3. Concepto y estructura de los derechos sociales

Es preciso dilucidar si los derechos sociales son derechos subjetivos fundamentales o corresponden a estructuras jurídicas distintas.

Una posición doctrinal reciente ha afirmado que la noción de derechos sociales es ambigua, imprecisa y carente de homogeneidad¹⁹². En orden a esclarecer esta afirmación es preciso plantear las siguientes preguntas: ¿qué son los derechos sociales? y ¿cuál es su estructura normativa?

Mucho se ha debatido sobre estas temáticas, por un lado, para establecer cuál es la estructura que adoptan con el fin de dilucidar sobre quién es su titular (sujeto activo), a quién obligan (sujeto pasivo) y sobre qué recaen (objeto) Y, por otro, en el sentido de establecer a partir de los diferentes conceptos si esta tipología de derechos, al igual los derechos civiles y

¹⁹² Cfr. AÑON ROIG, María José y otros, *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia, segunda edición, 2004, p. 61.

políticos, pueden ser considerada como derechos subjetivos fundamentales vinculantes para todos los poderes públicos.

2.3.1. Las diferentes nociones de los derechos sociales

La problemática actual en torno a los derechos sociales radica en su pluralidad de nociones y significados, ya que todavía no existe un concepto pacífico y unificado, lo que a la postre ha conllevado a una tutela judicial precaria o debilitada. De ahí el interés de algunas posturas de diferenciarlos tajantemente de los derechos de libertad clásicos.

Sin embargo, un sector importante de la doctrina contemporánea defiende la cercanía conceptual de los derechos de libertad con los derechos sociales. Abramovich, por ejemplo, señala que las diferencias entre derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales son de grado más que diferencias sustanciales y, por lo tanto, desde el punto de vista conceptual es difícil encontrar distinciones radicales entre estas categorías de derechos, por lo cual se necesita un tratamiento teórico y práctico común en lo sustancial¹⁹³.

Bernal Pulido aduce que “la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera en que se ha determinado su objeto: una prestación a cargo del Estado y en la manera en que se precisa cuando existe una vulneración de éstos”¹⁹⁴. Empero, aduce que todas las disposiciones constitucionales que consagran derechos son indeterminadas “en el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos, y competencias que prescriben”¹⁹⁵ Dicho contraste estructural entre derechos civiles y políticos

¹⁹³ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 24 y 25.

¹⁹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, *Doxa, Discusiones*, N° 4, 2004, p. 117.

y derechos sociales ha dado lugar a diferentes concepciones sobre el concepto y estructura de los derechos sociales, pero el ápice del problema que da lugar a las diferentes concepciones sobre los derechos sociales, radica en determinar si estos derechos por tener reconocimiento positivo tanto a nivel internacional como constitucional, pueden instituirse en auténticos deberes jurídicos vinculantes a todos los poderes públicos (en especial al legislador y a la administración), respecto a un titular determinado, es decir, en derechos subjetivos fundamentales, y que en caso de inobservancia por acción u omisión por parte de los sujetos obligados, se concreten en verdaderas posiciones subjetivas exigibles judicialmente; o si, *contrario sensu*, en ningún caso pueden determinarse estos deberes, lo cual lleva a concluir que los derechos sociales únicamente tienen un sentido político programático, no vinculante para los poderes públicos¹⁹⁶.

En la doctrina contemporánea, es posible identificar las siguientes concepciones sobre las normas que consagran derechos sociales¹⁹⁷:

2.3.1.1. Los derechos sociales como disposiciones político-programáticas

Esta tesis ha sido defendida por Shmitt, quien distingue dos categorías de derechos: los derechos de la persona humana individual, de tradición liberal, esto es del hombre individual aislado, los cuales son anteriores y superiores al Estado (derechos de defensa) y, por ende, son auténticos derechos fundamentales¹⁹⁸, y los derechos sociales que son a lo sumo

¹⁹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 79 y ss.

¹⁹⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura ...", *cit.*

¹⁹⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 364 y 365.

¹⁹⁸ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, presentación y traducción F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pp. 169-171.

una especie de guías para el legislador y, por lo tanto, no deben ser calificados como derechos fundamentales subjetivos. A la luz de estos postulados, los derechos sociales solo tienen un contenido político que inspira el contenido de las leyes, es decir, su ámbito jurídico depende del desarrollo legislativo y, por ende, en ausencia de dicho desarrollo carecen de exigibilidad ante los estrados judiciales¹⁹⁹.

De allí que Schmitt sostiene que “[t]odos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan «con arreglo a las leyes»; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales.”²⁰⁰

Esta dimensión política y programática de los derechos sociales se funda en su indeterminación, los cuales establecen una serie de programas que pueden (facultad y no deber), ser desarrollados legislativamente bajo la égida del principio de libertad y autonomía parlamentaria, habida cuenta que las constituciones no prescriben los medios con los cuales cuenta el legislador; su grado de cumplimiento, la oportunidad de concreción, no determina un grado máximo, medio o mínimo de satisfacción de necesidades del individuo²⁰¹.

¹⁹⁹ Al respecto dicho autor señala: “A su vez, tienen distinta estructura los derechos, esencialmente *socialistas*, del individuo a prestaciones positivas del Estado. No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es *condicionado*, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona su prestación.” *O. cit.*, p. 174. A esta clase de derechos o prestaciones “socialistas”, los identifica luego “más suavemente” como sociales.

²⁰⁰ *Idem*, p.171.

²⁰¹ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, p. 65 y ss.

Aquí se suscita una tensión entre el principio de supremacía constitucional y el principio de configuración legislativa, frente a la cual Schmit opta por el segundo, lo cual conlleva de manera errada, excluyente y radical a no reconocer ninguna dimensión jurídica efectiva a los derechos sociales. Esta defensa irrestricta del principio de libertad de configuración legislativa, conlleva a considerar que el legislador está investido de una discrecionalidad absoluta para el desarrollo de los mismos.

Es preciso objetar que la aplicación del principio democrático en donde el legislativo disponga de una libertad absoluta, riñe abiertamente con los límites que impone el Estado constitucional contemporáneo a todos los poderes públicos y, en especial, con el principio de supremacía jurídica de las normas constitucionales de los derechos sociales y su vinculancia al legislador que no es posible legítimamente desconocer. Sucede que la validez y eficacia de los derechos sociales no conlleva a la inoperancia del referido principio democrático, toda vez que el legislador es libre de escoger los mecanismos, los medios y los instrumentos de realización efectiva de dichos derechos.

2.3.1.2. Los derechos sociales como disposiciones teleológicas

Esta concepción pretende hacer compatible el principio democrático con el principio de supremacía constitucional, radicado en los derechos sociales. Es defendida por quienes consideran que los derechos sociales adoptan la forma de normas de programación final, sin determinar con exactitud los medios para su concreción. Su estructura es la siguiente: “El fin F debe ser alcanzado. Por ello, deben ser adoptados A1 o B2 o C3, etc., como medios idóneos para la consecución del fin.”²⁰²

²⁰² LUHMAN, Niklas, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Dunker y Humblot, Berlin, 1966, p. 36. Citado por C. Bernal Pulido en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 370.

Es decir, una norma de derecho social prescribe un fin, pero no determina cuál de los medios A1, B2 o C3 debe ser concretado. “En esa norma, ni se define el supuesto de hecho, cuándo hay que actuar, ni se prescribe el contenido de la acción, qué hay que hacer, sino que tan sólo se indica el fin que hay que perseguir”²⁰³. El problema que subyace a esta definición es que no logra precisar de qué manera se identifican los medios A1, B2 o C3 y qué relevancia y grado de obligatoriedad revisten para la consecución del fin. Esta vaguedad o indeterminación ocurre porque no se conoce el contenido esencial del fin.²⁰⁴ De allí, que se corre el riesgo de legitimarse cualquier respuesta de desarrollo legislativo, aún la más ineficaz, pero formalmente válida.

Sin embargo, es preciso reconocer que la concepción de los derechos sociales como fines es un avance frente a la anterior, pero también tiene vacíos. La evolución favorable se percibe en la naturaleza jurídica del telos social puesto, que en sentido contrario a la conceptualización programática, se reconoce una vinculancia jurídica con los fines a alcanzar por parte del Estado. Empero, su debilidad radica en que la eficacia de los derechos sociales no se concreta en el tiempo, habida cuenta que las obligaciones estatales tienden a postergarse indefinidamente sin límite alguno, lo cual obstaculiza la posibilidad que los derechos sociales sean exigibles por considerarse de aplicación futura. Por otra parte, la indeterminación del fin a alcanzar, sitúa al derecho en un espacio gaseoso

²⁰³ DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 4ª. ed., 1997, p. 43. Este autor distingue entre normas de programación condicional y normas de programación final; se está ante las primeras, cuando la conducta debida se condiciona a la presencia de un determinado supuesto de hecho, como por ejemplo en los derechos fundamentales, ya que ellos prevén cuál ha de ser la respuesta del poder público, y ante las segundas, cuando lo que se prescribe no es una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de un fin, como el caso del artículo 2º de la Constitución colombiana.

²⁰⁴ BERNAL PULIIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 375.

en cuanto a su contenido y dificulta la identificación de un sujeto activo en la estructura del derecho social.

2.3.1.3. Los derechos sociales como deberes o mandatos objetivos

Esta noción, defendida por Böckenförde, considera que las disposiciones de derechos sociales son normas que estatuyen mandatos jurídicos objetivos dirigidos al legislador y a la administración²⁰⁵.

El diseño conceptual de mandatos objetivos y no de derechos subjetivos, se basa principalmente en la indeterminación del contenido de los derechos sociales. Por ello, es indispensable que exista desarrollo legislativo para que los jueces puedan dar respuesta a pretensiones particulares concretas, si esto es posible.

La anterior concepción conlleva a que la indeterminación del objeto del derecho social, excluye *in limine* un sujeto activo concreto de la posición jurídica en que se estructura el derecho²⁰⁶. Es decir, la estructura del derecho quedaría reducida a un sujeto pasivo representado en el legislador y la administración, y un objeto que se concretaría en una prestación.

Pese a ello, Böckenförde señala que los derechos sociales no son meras proposiciones programáticas, sino que ostentan fuerza vinculante en tres sentidos: i) En cuanto al fin que establecen; ii) en casos extremos de inactividad y desatención evidente del fin o programa; y iii) en cuanto a una prohibición de supresión definitiva de medidas legislativas o desmonte irreparable de las mismas. Así, los derechos sociales fundamentales son en general mandatos constitucionales; sin embargo, excepcionalmente en

²⁰⁵ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Los derechos sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde, Nomos Verl.-Ges, Baden-Baden, 1993, p. 78 y ss.

²⁰⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 376.

casos extremos de inactividad legislativa, descuido grave o desmonte injustificado de la legislación, podría dar lugar a una protección subjetiva concreta.

En sentido similar, Rubio Llorente identifica una tipología de normas constitucionales entre las cuales se encuentran los denominados *mandatos al legislador*, preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución, en especial el mandato de promulgar leyes indispensables para el ejercicio de determinados derechos, sobre todo derechos de prestación, como por ejemplo el derecho al trabajo y a la salud²⁰⁷.

La crítica que se ha formulado a esta tesis, es la supresión radical del sujeto activo en la relación jurídica triádica del derecho social, es decir, la grave afectación de su estructura jurídica. En efecto, adoptar esta posición conduce a poner en cuestión la fuerza normativa de las normas iusfundamentales de derechos sociales subjetivos en cuanto a su aspecto ontológico, y solo mirar su exigibilidad jurídica objetiva en cuanto a su vinculación obligacional al legislador y a la administración, sin reconocer un titular concreto del derecho.

2.3.1.4. Los derechos sociales como derechos fundamentales subjetivos definitivos

Según esta postura, los derechos sociales son posiciones jurídicas definitivas, es decir, relaciones jurídicas triádicas en las que un sujeto activo (el individuo), como titular de un derecho subjetivo, ostenta la facultad de exigir ante un sujeto pasivo (legislador y administración) una

²⁰⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder, estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 59.

prestación determinada, o desplegar una conducta que constituye el objeto de su deber²⁰⁸.

De esta posición se desprende el carácter no restringible de los derechos sociales y la existencia de un sujeto activo, que como titular de verdaderos derechos subjetivos puede convertir sus exigencias, materializadas en acciones fácticas positivas, en pretensiones concretas ante el aparato estatal.

Desde este punto de vista, a partir de las normas constitucionales que consagran los derechos sociales se puede derivar con certeza un deber legislativo de garantizar la prestación establecida o el fin constitucional tipificado, lo cual a su vez implica que a dichos enunciados se pueden adscribir diversas posiciones jurídicas²⁰⁹. Por ello, frente a los derechos sociales surgen en cabeza del Estado: *i*) deberes u obligaciones positivas y negativas en procura de su vigencia plena; *ii*) no pueden ser entregados al arbitrio discrecional del legislador; y *iii*) su desarrollo debe ser progresivo y, en consecuencia, queda proscrita su regresividad.

La no discrecionalidad del legislador frente a los derechos sociales se traduce en el deber de legislar con el propósito de proporcionar, a través de la ley, los medios tendientes a satisfacer las prestaciones que instituyen dichos derechos. De lo anterior, se pueden deducir dos derechos subjetivos: *i*) El derecho a obtener del legislador al menos un

²⁰⁸ Gertrude Lübbe-Wolff es considerada como representante clara de esta posición doctrinal radical. "De acuerdo con Lübbe-Wolff, la estructura de los derechos prestacionales no pueden reconstruirse mediante el conocido esquema de la intervención y el límite «*Eingriffs-Scharanken-Modell*», característico de algunas teorías de los derechos de defensa, en el cual se acepta que el Estado tiene legitimidad para intervenir en el ámbito de protección inicial o *prima facie* del derecho, siempre y cuando sus intervenciones observen las exigencias del principio de proporcionalidad. Esta autora defiende, en cambio, un modelo «preformativo» (*Präformationsmodell*) como estructura de los derechos prestacionales. La idea principal de este modelo reside en que los derechos prestacionales no tienen un ámbito de protección inicial, susceptible de intervenciones, sino un único ámbito de garantía, que no admite ninguna intervención del poder del Estado." BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 383.

²⁰⁹ *Idem*, p. 384.

grado básico de actividad legislativa, y *ii*) el derecho a que la legislación establezca condiciones idóneas para satisfacer las necesidades existenciales; es decir, el derecho a poder satisfacer necesidades básicas de alimentación, salud, vivienda y educación. Correlativamente, está proscrita la omisión legislativa y la desatención del mínimo asistencial. La vulneración de estas prohibiciones conlleva a una “inconstitucionalidad por omisión”²¹⁰.

Es importante aclarar que bajo la óptica de esta teoría, lo que vincula de manera obligatoria al legislador es el núcleo esencial de los derechos sociales; empero, el problema a dilucidar es cuál es dicho núcleo y quién es el sujeto idóneo para establecerlo. Pese a ello, lo importante de esta postura es que reconoce sin timidez que los derechos sociales tienen carácter normativo, coercitivo y vinculante frente a todas las ramas del poder público. Por consiguiente, dichos derechos dejan de ser meros objetivos, principios, fines o directrices de índole política o económica para ser identificados como claros derechos fundamentales subjetivos. Con relación al legislador como sujeto vinculado, es preciso señalar que un derecho individual a una acción positiva puede justificarse mediante la reducción de las posibilidades de acción del legislador a una sola opción exigible judicialmente²¹¹.

²¹⁰ *Idem*, p. 387. Según Gomes Canotilho (traducción libre) “Las normas constitucionales que consagran de derechos sociales, económicos y culturales implican, además de eso, una *interpretación* de las normas legales de conformidad con «una constitución social, económica y cultural» (por ej. en caso de duda sobre el ámbito de seguridad social debe seguirse la interpretación más conforme con la efectiva realización de este derecho). Por otro lado, la inactividad del Estado en cuanto a crear las condiciones de efectividad, puede dar lugar a una *inconstitucionalidad por omisión* (artículo 283), considerándose que las normas constitucionales que consagran de derechos económicos, sociales y culturales implican la inconstitucionalidad de normas legales que no desarrollan una realización del derecho fundamental o disminuyen la efectividad anteriormente alcanzada”. GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª. edic., Almedina, Coimbra, p. 474.

²¹¹ ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 97.

Las críticas que se han formulado a esta posición son dos, en esencia: la insuficiencia de libertad de configuración parlamentaria y la ambigüedad del núcleo esencial de los derechos. La primera, porque en el marco de un Estado democrático es necesario que el legislador tenga un margen de maniobra para tomar las decisiones legislativas que atañen a la sociedad. La segunda, porque la bajo la teoría del núcleo esencial es difícil establecer cuál es el contenido mínimo de los derechos prestacionales. En consecuencia, esta teoría es problemática porque, por un lado, no existen criterios seguros para establecer qué es lo disponible para el legislador y, por otro, en la “zona de penumbra del derecho” se corre el riesgo de admitir cualquier tipo de restricción.

Sin embargo, para Arango los derechos sociales pueden ser calificados sin dificultad como derechos fundamentales subjetivos²¹², por cuanto cumplen con las siguientes características: *i)* están consagrados en una norma jurídica; *ii)* generan una obligación jurídica correlativa; *iii)* tienen un alto grado de importancia debido a que son derechos humanos, cuyo carácter ideal (validez moral) se ha fortalecido mediante su positivización (validez jurídica); *iv)* de ellos se colige una posición jurídica, en tanto poder reconocido por una norma jurídica y un interés claro de un sujeto cuya protección se desea o persigue jurídicamente; y *v)* tienen un carácter general positivo, por cuanto de ellos emanan obligaciones a acciones positivas fácticas en cabeza del Estado²¹³.

En ese sentido, los derechos sociales fundamentales se manifiestan estructuralmente como “derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas del Estado”²¹⁴, es decir, como relaciones

²¹² Según este autor “[un] derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto”. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., p. 298.

²¹³ *Idem*, pp. 5 a 57.

²¹⁴ *Idem*, p. 113.

tripartitas en donde el titular son los individuos, más no los colectivos; el obligado sólo puede ser el Estado y no un individuo particular; y su objeto se circunscribe a acciones positivas fácticas estatales²¹⁵.

En ese orden de ideas, los derechos sociales como derechos fundamentales subjetivos, “pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica.”²¹⁶. Esta idea tiene la virtud de clarificar porqué los poderes públicos se encuentran vinculados de manera definitiva, lógica y racional a los derechos sociales fundamentales, toda vez que no se puede desconocer su jerarquía y supremacía constitucional y su alto impacto en el bienestar individual y, en general, en el de cualquier sociedad contemporánea.

Bajo la égida de esta noción, se puede concluir que los derechos sociales se proyectan de manera vinculante y obligatoria frente a los poderes públicos; sin embargo, es preciso reiterar que en el Estado constitucional el poder legislativo goza de una necesaria libertad configurativa (principio democrático), pero, a su vez, se encuentra limitada por el principio de supremacía constitucional y por la existencia de los derechos fundamentales, por cuanto en estos dos componentes se materializa la voluntad soberana del poder constituyente primario que marca el ámbito de legitimidad del poder constituido.

Lo anterior no significa que los derechos sociales, por constituir posiciones jurídicas iusfundamentales, coarten de manera abrupta la libertad de apreciación política del legislador, puesto que éste es libre para escoger los mecanismos o definir las políticas públicas destinadas a su realización. Por ello, parece razonable señalar que el poder jurisdiccional en ejercicio del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos, pueda

²¹⁵ *Idem*, pp. 59 a 112.

²¹⁶ *Idem*, p. 56.

“exhortar”, a través del control constitucional, que el legislativo y el ejecutivo (dentro de su legítima opción política) desarrollen los derechos sociales y ejecuten políticas públicas para que no se conviertan en simples postulados programáticos, postergados al infinito.

2.3.1.5. Los derechos sociales como derechos *prima facie* (principios)

Esta postura ha sido propuesta y defendida por Alexy. Este autor sostiene que los derechos prestacionales fundamentales pueden ser identificados como normas y posiciones *prima facie*, es decir, carácter de principios, lo cual conlleva que puedan ser dotados de cláusulas restrictivas²¹⁷. En ese orden de ideas, el modelo que presenta Alexy está basado en la ponderación y en el principio de proporcionalidad, según el cual, una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (i) la exige urgentemente el principio de libertad fáctica, (ii) los principios democrático y de división de poderes, al igual que (iii) principios materiales opuestos (libertad de otros), que son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones de los jueces constitucionales que las toman en cuenta²¹⁸.

Según este modelo, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos, tomados en su conjunto. Estas condiciones referidas (i, ii y iii) se colman en los derechos sociales mínimos, como por ejemplo al mínimo vital, al derecho a una vivienda básica, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel

²¹⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 394.

²¹⁸ *Idem.*, p. 454.

estándar mínimo de asistencia médica. “Finalmente, el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante”²¹⁹.

Para ilustrar su modelo de derechos sociales, Alexy acude al fallo sobre el *numerus clausus*²²⁰ del tribunal constitucional alemán, al señalar que se parte de la consideración de la existencia de un derecho vinculante *prima facie* de todo ciudadano, que haya aprobado la secundaria, a acceder al estudio universitario que escoja.

El carácter *prima facie* se constata cuando el tribunal alemán dice que este derecho le pertenece a su titular “en si” y que es limitable. El derecho *prima facie* es un derecho vinculante y no tiene sólo un carácter programático, por cuanto no puede “depender en su validez normativa del menor o mayor grado de sus posibilidades de realización”. Pero, la característica esencial de un derecho vinculante *prima facie* consiste en que la cláusula restrictiva de este derecho, la reserva de lo posible, es decir, aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho²²¹.

Sin embargo, es preocupante considerar a los derechos sociales como derechos en general *prima facie*, es decir, como derechos no definitivos, por cuanto esto conduce a debilitar su vinculancia jurídica respecto a los

²¹⁹ *Idem*, p. 445. Sin embargo, Prieto Sanchís advierte que la principal idea que propone Alexy es “que desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles”, ya que la demandas prestacionales riñen con otros principios o derechos constitucionales, especialmente con el principio democrático y los derechos de libertad, razón por la cual para determinar si está justificada una prestación es necesario acudir previamente a un ejercicio de ponderación, el cual determinará en cada caso concreto el derecho social fundamental, esto es, que haya urgencia de satisfacer una necesidad. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de Las Casas N° 7, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1998, p. 108.

²²⁰ “Por *numerus clausus* se entiende en el derecho público alemán el sistema de asignación de cupos de estudio para algunas carreras profesionales, —p. ej. medicina o farmacia— cuyo acceso está limitado por razones superiores de interés general. Únicamente los estudiantes con puntajes por encima de un promedio elevado (*numerus clausus*) tienen la posibilidad jurídica de acceder a dichos estudios”. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, *cit.*, p. 47.

²²¹ *Idem*. pp. 456 y 457.

poderes públicos. Si bien es cierto que por medio de la ponderación se puede llegar a resolver el conflicto entre el principio democrático y el principio de supremacía constitucional, esto sólo se haría en el ámbito judicial. Pero, ¿cómo resolvería la ponderación este conflicto respecto a las obligaciones que emanan de los derechos sociales en relación a los poderes legislativo y ejecutivo?, ¿cómo operaría la ponderación frente a la omisión legislativa absoluta?, ¿es el concepto de derecho social *prima facie* demasiado abstracto para vincular al poder legislativo y al ejecutivo?

2.3.1.6. Los derechos sociales como principios y/o reglas

Cada una de las nociones de derechos sociales anteriormente referidas adoptan diferentes estructuras normativas y, de contera, disímiles formas de aplicación. En ese orden de ideas, concepto, estructura normativa y forma de aplicación interactúan recíprocamente. Si se adopta un concepto teleológico de derechos sociales, la estructura normativa es la de “norma-fin”, y se aplicará de manera programática; si se acoge un concepto de derecho subjetivo fundamental definitivo, el modelo estructural de la norma será una regla, la cual se aplica por medio de la subsunción; y si se adopta un concepto de derecho *prima facie*, se asume la norma con estructura de principio, la cual se aplica por medio de la ponderación.

Aquí radica la enorme complejidad conceptual y estructural que los derechos sociales y, en general, de los derechos fundamentales. A partir de esa densidad conceptual y estructural es que se plantean los más importantes retos al constitucionalismo contemporáneo en materia de derechos sociales. Por tal razón, se deberá responder a la pregunta ¿cuál es el concepto y estructura correcta en el ámbito constitucional para esta tipología de derechos?

En primer lugar, en relación al concepto, es preciso sostener que los derechos sociales son derechos constitucionales fundamentales subjetivos, que tienen la capacidad de adoptar dos formas de estructuras

normativas diferentes, las de principio y las de regla. Siendo coherentes con la argumentación de cara al criterio de vinculación, antes expuesta, los derechos sociales pueden ser considerados, según el caso, como derechos fundamentales subjetivos definitivos o como derechos fundamentales *prima facie*²²²; de ello se colige que puedan ser aplicados acudiendo a la técnica de la subsunción o a la técnica de la ponderación. Sin embargo, es importante señalar que un derecho social *prima facie* puede llegar a convertirse en un derecho social fundamental definitivo, por dos vías: la primera, por vía democrática, cuando es el propio legislador quien diseña una regla de derecho social fundamental teniendo en cuenta las condiciones fácticas y jurídicas y, la segunda, cuando a través de un juicio de ponderación se llegue a ello.

Un ejemplo claro de un derecho social fundamental definitivo es el derecho al mínimo vital, a la educación, a la salud o a la vivienda básicas, sin los cuales se pone en grave riesgo los mínimos existenciales de una vida digna en un caso concreto, mientras que un derecho social *prima facie* podría ser, por ejemplo, un derecho social al trabajo o a la salud, considerados en abstracto.

En segundo lugar, en cuanto a su estructura los derechos sociales fundamentales no pueden ser concebidos como “derechos programáticos” y, por consiguiente, no pueden adoptar la estructura de normas-fin, ni menos ser aplicados en forma discrecional ni postergados sin justificación en el tiempo. Lo anterior, debido a su alta relevancia fáctica y jurídica en el Estado constitucional contemporáneo. Fáctica, porque a través de su respeto y garantía se tutelan y se suplen necesidades básicas que dignifican al ser humano, y cuya ausencia de protección limitan el desarrollo y goce efectivo de los derechos inherentes a las todas personas

²²²En similar sentido, Cruz Parceró señala que “[e]stos derechos (derechos sociales) pueden venir protegidos a través de reglas o principios y, dependiendo si adquieren un carácter u otro, su fuerza como guía para la acción será o definitiva o *prima facie*.” CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, cit., p.84.

individuales (justificación ética). Y jurídica, por cuanto los instrumentos internacionales y la Constitución los reconocen y protegen positivamente como posiciones jurídicas de alto grado de importancia, cuya efectividad legítima, justifica y realiza al Estado constitucional, es decir, un parámetro fundamental para medir el proceso de consolidación y avance del Estado constitucional es el grado de garantía, protección y respeto de los derechos fundamentales, entre ellos los derechos sociales.

Al respecto Arango²²³ señala, siguiendo a Alexy, que los derechos sociales fundamentales son relaciones tripartitas, es decir, derechos que involucran un titular (sujeto activo), un obligado (sujeto pasivo) y un objeto (acción u omisión). En relación al sujeto activo, solo los individuos, y no los colectivos, son titulares derechos sociales, habida consideración que este tipo de derechos se ejerce de manera individual, dado que su titularidad colectiva es irreconciliable con los principios de autonomía y dignidad humana. Afirma, por otra parte, que el sujeto pasivo, es decir, el deber de vinculación solo está dirigido al Estado. Y, por último, en lo atinente a su objeto, aduce que únicamente las acciones de prestación estatal son tomadas en cuenta, en la medida que son objeto de los derechos a la protección y a la organización, y las acciones de interdicción de lesión o negativas son objeto de libertad o del derecho a la igualdad y no pueden verse como parte del objeto de los derechos sociales fundamentales.

En relación con la referida estructura, resulta jurídicamente razonable que la titularidad de los derechos sociales se radique en personas humanas individuales, esto es una subjetividad individual, lo cual permite su concreción y protección judicial efectiva, en especial en posiciones

²²³Cfr. ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit., pp. 59 a 113.

jurídicas definitivas²²⁴. Empero, en lo que respecta al sujeto pasivo surge un interrogante relacionado con lo que la doctrina contemporánea ha denominado el efecto horizontal de los derechos, dado que en la época actual y debido a los fenómenos de privatización y globalización, la relación de muchos de los derechos sociales son confiados a manos de particulares, los cuales en el ejercicio de su prestación pueden incurrir en violaciones o incumplimientos atribuibles exclusivamente a ellos. Según Courtis, el deudor de las obligaciones que emanan de los derechos sociales “habitualmente es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social”²²⁵.

En suma, si bien es cierto el obligado primordial de la realización de los derechos sociales es el Estado, esto no es óbice para que los particulares respondan conjuntamente con él en su observancia. Claro está, sin que el poder público estatal deje de ser su natural y principal garante.

En lo que atañe a su objeto, es importante afirmar que no todos los derechos sociales se garantizan por medio de acciones positivas del Estado, ya que existen derechos que pueden ser respetados a través de abstenciones como, por ejemplo, la libertad sindical y el derecho de asociación. Según Prieto Sanchís, no todas las obligaciones que emanan de los derechos sociales tienen un carácter positivo, esto es, de dar o hacer, bien porque carecen de todo contenido prestacional, o bien porque

²²⁴ Sin embargo, Peces-Barba ha abierto la discusión acerca de pensar en la existencia de derechos fundamentales no solo individuales sino derechos fundamentales colectivos, los cuales se vinculan al favorecimiento de la dignidad humana, tema que supera el marco conceptual del presente trabajo. Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, “Los derechos colectivos”, en F. J. Ansuátegui Roig (editor), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, pp. 67-76.

²²⁵ COURTHIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la Política social” en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo (s). Ensayos escogidos*, cit., p. 207.

la intervención pública no se traduce en una prestación en sentido estricto. Así, resulta evidente que el derecho de huelga y la libertad de asociación y sindicalización carecen de contenido prestacional, salvo que se interprete que su tutela es de por sí una prestación²²⁶.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional colombiano ha desempeñado una función importante en la reafirmación dogmática del carácter fundamental de los derechos sociales y su tutela efectiva, pues, pese a la supuesta ilegitimidad democrática para evaluar y decidir sobre políticas públicas y sobre la distribución de recursos presupuestales, en el ámbito de una objeción contramayoritaria, ha aplicado estándares internacionales y desarrollado interpretaciones constitucionales garantistas en los siguientes casos relevantes, entre otros: protección a la población desplazada por el conflicto armado interno en el marco del estado de cosas inconstitucionales declarado en la sentencia T 025 de 2004 y sus múltiples autos de seguimiento; sentencia C 760 de 2008 mediante la cual se declaró el carácter de derecho fundamental a la salud, con carácter autónomo, y se unificaron los regímenes contributivo y subsidiado de atención; y la protección al mínimo vital sobre condiciones mínimas para llevar una vida digna (sentencias T 207 de 1995, T 254 de 1993, T 539 de 1994 o T 431 de 1994).

En suma, la interpretación y aplicación de los derechos sociales como derechos sociales fundamentales en el ámbito jurisprudencial ha conllevado a los siguientes efectos: (i) al afianzamiento dogmático de los derechos sociales como derechos fundamentales subjetivos; (ii) ha permitido que sectores tradicionalmente excluidos puedan defender sus intereses por canales institucionales, en vez de acudir a vías de hecho; y

²²⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *cit.*, p. 15.

(iii) que los decisores políticos (ejecutivo y legislativo) se vean abocados a tomar en serio los derechos sociales.²²⁷

Por lo anterior, no una existe justificación jurídica razonable para que el Estado postergue indefinidamente la realización progresiva de los derechos sociales, toda vez que sin su vigencia y protección efectivasse erosiona su legitimidady se incumplen los compromisos internacionales que lo vinculan.

CAPITULO II: EFECTOS JURÍDICOS DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO INTERNO

Los derechos económicos, sociales y culturales constituyen, como derechos humanos, una categoría del derecho internacional público. Estos derechos han adquirido una importancia cardinal en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Ello se debe a que la comunidad internacional, paulatinamente, se ha percatado de su incidencia e importancia en el desarrollo de los Estados democráticos, puesto que el respeto, garantía y protección de estos derechos repercute de manera directa en su legitimidad y en el desarrollo económico, político y social de cualquier comunidad. De ahí, la necesidad de su reconocimiento en el derecho internacional y su importante incidencia jurídica en el derecho interno de los Estados a través de su vinculancia en el derecho constitucional.

Si bien es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos sociales todavía es aún precario y deficitario en

²²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, César y SEPÚLVEDA, Magdalena, "Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social", en *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Malcolm Langford, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 257.

garantías, es decir, en mecanismos de tutela eficaces, esto no ha sido óbice para desarrollar contenidos de gran importancia dogmática con amplia incidencia en el derecho interno. En efecto, los principios, directrices y estándares normativos del derecho internacional en materia de derechos sociales y, en general en derechos humanos, tienen la capacidad de cumplir una función muy importante en las jurisdicciones internas de los Estados, como inspiración al desarrollo legislativo, parámetros de constitucionalidad de las leyes, pautas hermenéuticas para la función judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad o en la resolución de casos concretos.

Se trata de un interesante fenómeno contemporáneo del derecho internacional, que guía y orienta el proceso de formación normativa, el reconocimiento de derechos y de obligaciones internacionales para los Estados, el cual, si bien, en principio, no posee una clara fuerza vinculante, sí produce efectos jurídicos relevantes²²⁸. Como afirma Toro Huerta, existe una “zona gris que separa la emergencia de nuevos valores

²²⁸ Una corriente doctrinaria denomina a este fenómeno con el nombre controversial de *soft law* o derecho blanco o pre-derecho, para describir los principios, estándares, reglas o directrices internacionales, los cuales cumplen un importante papel en el proceso de formación o concreción normativa. Siguiendo a Sztucki, Toro Huerta afirma que dicho término puede tener dos significaciones: “La primera se refiere al contenido de determinados instrumentos internacionales en principio obligatorios (*hard law*) pero que dependen para su aplicación de ciertos mecanismos de implementación o que constituyen cláusulas generales de cumplimiento progresivo. En segundo lugar el término es empleado para expresar la naturaleza de determinados instrumentos internacionales que no tienen carácter obligatorio, como son la mayoría de las resoluciones de las organizaciones internacionales o de ciertos acuerdos políticos internacionales como el Acto Final de Helsinki” TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 534. Sin embargo, es preciso advertir que la distinción entre *hard law* y *soft law* es controversial, puesto que algunos doctrinantes, entre ellos Weil, lo acusan de convertirse en un fenómeno que relativiza los derechos y obligaciones internacionales, lo que puede conllevar a minimizar dichas obligaciones y difuminar los sujetos obligados, por lo cual es necesario controlar dicho fenómeno. Sin embargo, se ha objetado, como lo sostiene Fastenrath, “que en todo sistema legal existe una gradación normativa y que los conceptos y enunciados jurídicos sólo otorgan una aparente certeza en el sistema jurídico que en todo caso están sujetos a interpretación. En un mundo heterogéneo y plural, el fenómeno del *soft law* puede contribuir a esclarecer muchos de los consensos que se expresan en normas de *hard law*.” *Cit.*, p. 521. Cfr. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/numero/6/art/art12.htm> (10/12/15).

o reivindicaciones sociales que reclaman su reconocimiento formal y las reglas de derecho bien establecidas. “Esto supone que la frontera entre el derecho y el “no-derecho” o el “pre-derecho”, la *lex data* y la *lex ferenda*, no está claramente delimitada y por tanto, el umbral del mundo jurídico no está del todo definido y quizá sea imposible e incluso inconveniente tratar de hacerlo”.²²⁹

Una de las funciones más importantes de los denominados estándares internacionales es la función hermenéutica que cumplen las autoridades internacionales y la comunidad de expertos, en la interpretación y concreción de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional, la cual tiene la potencialidad de incidir en el derecho nacional²³⁰. En efecto, los pronunciamientos de la doctrina internacional están llamados a tenerse en cuenta no solo a nivel de las instancias internacionales, sino también en orden jurídico nacional, como sucede, por ejemplo, con los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante el Comité), que constituyen doctrina autorizada para la interpretación de los derechos y de las obligaciones internacionales de los Estados, los cuales están llamados a cumplir un papel muy importante en el orden interno de los Estados como es el desarrollo legislativo, la definición de políticas públicas, dilucidar la constitucionalidad de las leyes, construir argumentos para la resolución judicial de casos concretos e identificar límites definitorios del contenido esencial de los derechos sociales fundamentales²³¹.

²²⁹ Cfr. *Ídem*, p. 530.

²³⁰ Ha sido tradicional que la identificación de las denominadas fuentes del derecho internacional se fundamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el cual reconoce, entre otras, las siguientes: “d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como *medio auxiliar* para la determinación de las reglas de derecho ...” *Cit.*, p. 526.

²³¹ Los derechos sociales tienen la potencialidad de encontrar una garantía *per saltum* en el derecho constitucional. Este fenómeno se encuentra corroborado en la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano, quien ha acogido, *verbi gratia*, criterios del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, para el ejercicio del control de

Así las cosas, la aplicación del derecho internacional en materia de derechos sociales en las jurisdicciones domesticas ha fortalecido el carácter jurídico subjetivo y ha contribuido a derrumbar sofismas en relación a su no justiciabilidad, a tal punto que el debate en Latinoamérica, por ejemplo, ya no se centra “en la posibilidad de reclamo judicial de los derechos sociales, sino a cuál es el papel que los tribunales deben desempeñar; cuál es el tipo de situaciones en las que debe intervenir y cuál debe ser su alcance; cuál es el contenido normativo de los derechos en juego; qué tipo de órdenes y remedios deben emitir los jueces y, principalmente, cuáles son las variables institucionales que se deben fortalecer para que la intervención judicial se traduzca en cambios concretos”²³²

Acordes con el objeto de la investigación, es preciso estudiar el impacto de los desarrollos y manifestaciones del derecho internacional en materia de derechos sociales en el derecho interno.

1. LA POSITIVIZACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA PREOCUPACIÓN POR SU PROTECCIÓN

No se puede desconocer que hoy en día la realización los derechos humanos de carácter social, constituye una preocupación creciente a nivel ciudadano y de los organismos internacionales de derechos humanos, toda vez que existe una mayor conciencia en reconocerlos como un imperativo ético y jurídico, máxime, si se tiene en cuenta el incremento de problemáticas mundiales como la pobreza, las enfermedades terminales, el hambre, el analfabetismo, la carencia de agua potable, la falta de

constitucionalidad de las leyes o para la solución de casos concretos. Por ejemplo ver: Sentencia C-760 de 2008 sobre el derecho fundamental a la salud.

²³² ROSSI, Julieta y FILIPPINI, Leonardo, “El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales: el caso de Latinoamérica”, en *Derechos sociales: Justicia, Política y Economía en América Latina*, Pilar Arcidácono, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito (eds.), Siglo del Hombre/laehr, Bogotá, 2010, p. 218.

vivienda digna, la ausencia de seguridad social, la contaminación ambiental, la crisis alimentaria, entre otros.

Es evidente que la ausencia de protección de estos derechos no mina únicamente los cimientos y principios básicos de los Estados constitucionales contemporáneos, sino también la garantía material de todos los derechos humanos, lo cual no solo es un problema local, sino de alcance internacional o común a la humanidad.

Al respecto, es oportuno preguntar: ¿desde cuándo la comunidad internacional y el derecho internacional se interesan por la protección de los derechos sociales? La preocupación del derecho internacional por los derechos sociales, se remonta al fin de la primera guerra mundial con el Tratado de Versalles de 1919, el cual dio origen a Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, con ella, a las primeras manifestaciones en el ámbito internacional de regulaciones en derechos sociales, especialmente del derecho al trabajo. En efecto, “[la] OIT fue la primera organización internacional encargada de establecer normas jurídicas de validez universal para promover y proteger los derechos sociales, en particular los derechos laborales]²³³, tan es así, que incluso la regulación internacional del derecho al trabajo precedió a la protección nacional del derecho laboral.

Históricamente, la tutela jurídico internacional de los derechos sociales puede dividirse en tres etapas, a saber:

1.1. Definición de las bases

Se circunscribe al ámbito de la promulgación de diversas declaraciones de derechos humanos; instrumentos que a pesar de no tener fuerza jurídica

²³³ ROSSI, Julieta, “Mecanismos internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales” en Víctor Abramovich, María José Añón, y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, p. 342.

vinculante²³⁴ y hacer énfasis en los derechos civiles y políticos, constituyeron la génesis para la protección jurídico internacional de los derechos sociales, habida cuenta que en ellas se consagraron por primera vez los derechos sociales y comenzaron a delinearse los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos a la luz de una nueva visión que pretende un respeto y una garantía integral tanto de las libertades civiles y políticas, como del bienestar económico, cultural y social de todas las personas.

En esta etapa se ubica, a manera de ejemplo paradigmático, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual señaló en su preámbulo “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”; igualmente, en sus artículos 22 a 27 consagraron los derechos a la seguridad social, al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a tomar parte libremente de la vida cultural. Análogamente, la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 reconoció junto a los derechos civiles y políticos, los derechos sociales como el derecho a la salud (artículo 11); a la educación (artículo 12); a la cultura (artículo 13); al trabajo y a la justa retribución (artículo 14); al descanso (artículo 15) y a la seguridad social (artículo 16).

1.2. Construcción de los instrumentos

Posteriormente, se avanzó en la expedición de convenciones internacionales de derechos humanos, las cuales inspiradas en los

²³⁴ Hoy es ampliamente discutido en la doctrina y jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el carácter jurídico o político de las declaraciones, máxime, si se tiene en cuenta que la mayoría de las disposiciones de estos instrumentos tienen contenido análogo y un amplio fundamento en los diferentes tratados o convenciones con fuerza vinculante.

instrumentos declarativos anteriormente referidos, incorporaron disposiciones con fuerza jurídica vinculante, con una generosa parte sustancial, con la definición de obligaciones concretas a los Estados y mecanismos procesales de garantía. En esta etapa se ubican, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), entre otros.

A la luz de estas convenciones, surgieron diversos sistemas internacionales de protección de derechos humanos (tales como el sistema europeo, el africano y de los pueblos, el interamericano y el universal), con los siguientes propósitos: Por un lado, crear garantías de no repetición de actos barbarie y de lesa humanidad, como los acaecidos en las dos guerras mundiales precedentes, y, por otro, buscar que las disposiciones adoptadas en los tratados no se conviertan en “derechos de papel”, sino que alcancen efectividad en las jurisdicciones internas de los Estados, a través del cumplimiento coercitivo de las diversas obligaciones que de ellos emanan, so pena de incurrir en un hecho ilícito internacional²³⁵, es decir, en “una acción u omisión, atribuible al Estado,

²³⁵ “Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”, según los establece el artículo 2° del proyecto de artículos sobre “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones (A/56/10) y del cual la Asamblea General de la ONU tomó nota en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, y lo señaló a la atención de los gobiernos con la aclaración de que tal resolución se adoptaba, sin perjuicio de su aprobación o la adopción de otro tipo de medidas.

que constituye según el derecho internacional una violación a una obligación internacional que se encuentra en vigor para dicho Estado”²³⁶.

En el seno de estos sistemas internacionales de protección, confluyen preocupaciones fundamentales por el desarrollo, la práctica, la aplicación, la interpretación, la promoción, el acatamiento y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual lleva a la necesidad de su reconocimiento por parte del legislador internacional, con el propósito de que los Estados contraigan obligaciones serias de respeto, protección y garantía a la luz de los principios *pacta sunt servanda*²³⁷ y de vinculación del derecho internacional al derecho interno²³⁸. En efecto, se ha considerado que los Estados “no pueden invocar su derecho interno para descartar la aplicación de una norma internacional, ni siquiera invocando su sistema constitucional; y que no pueden modificar, en fin, por su derecho interno el derecho internacional, pues están sometidos a él”²³⁹.

En este recorrido histórico, es importante destacar que en 1953 entró en vigencia el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁴⁰ y luego se creó el Tribunal Europeo de Derechos

²³⁶ RODRÍGUEZ HUERTAS, Gabriela, “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en Christian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez Huertas (comps), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005, p. 230.

²³⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

²³⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

²³⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José, *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2009, p. 275.

²⁴⁰ El Convenio Europeo para la Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), fue el primer tratado legal del Consejo de Europa para proteger los derechos humanos, así como también el primer tratado internacional de derechos humanos con mecanismos de protección. Fue inspirado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y únicamente Estados miembros del Consejo de Europa pueden convertirse en Estados parte de dicho Convenio.

Humanos (1959) con la misión de hacerlo cumplir; a su vez, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comenzó el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1978; la Carta Africana de Derechos Humanos fue adoptada 1981 y con el protocolo de 1998 se creó la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Es relevante destacar que en los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con excepción del africano, los derechos económicos, sociales y culturales se tipificaron en instrumentos diferentes a los que consagraban derechos civiles y políticos, y también se plasmaron obligaciones heterogéneas y mecanismos de protección diferentes. Esta circunstancia ha producido importantes y preocupantes efectos prácticos, puesto que “[e]sta decisión de adoptar dos pactos con métodos de supervisión distintos ha tenido una enorme influencia en el desarrollo que han tenido los derechos humanos, donde se ha tendido a dar preferencia a los derechos civiles y políticos”²⁴¹.

En efecto, en el sistema universal se optó por la redacción de dos instrumentos, uno que consagró derechos civiles y políticos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y otro que consagró derechos económicos sociales y culturales: el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En el caso del sistema interamericano, los derechos económicos, sociales y culturales únicamente tienen tipificación en una disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 26), y se reservó la consagración *in extenso* de los derechos sociales al protocolo adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos sociales y culturales, conocido como “Protocolo de San

²⁴¹SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, en *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, cit., p. 284.

Salvador”, en donde también se concretaron, además de derechos sustantivos, obligaciones a los Estados y garantías para su cumplimiento. El sistema africano, a diferencia de las convenciones e instrumentos del sistema interamericano y europeo, consagra derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y colectivos en un solo instrumento.

Es importante señalar que constituye un principio claro de derecho internacional que todos los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles²⁴². Sin embargo, esta caracterización no se refleja en sus mecanismos de protección, toda vez que los derechos sociales han sido regulados paradójicamente en instrumentos que contienen obligaciones estatales y garantías de protección de carácter disímil a los derechos civiles y políticos. Así, mientras de los derechos civiles se predicen obligaciones de carácter inmediato, de los derechos sociales se derivan obligaciones de carácter progresivo (con algunas excepciones); así mismo, mientras que los derechos civiles y políticos tienen como medio de protección el sistema de peticiones o quejas individuales, los derechos sociales se protegen por medio del sistema de presentación y revisión de informes.

Frente al panorama anterior, es pertinente preguntar: ¿en el derecho internacional los derechos civiles y políticos y los derechos sociales constituyen derechos subjetivos, a pesar de sus consagraciones, obligaciones y mecanismos de protección heterogéneos?

Si bien el derecho internacional le ha dado mayor importancia a la tutela de los derechos civiles y políticos, hoy no se puede negar una marcada tendencia a la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en la agenda mundial. Es así como se evidencia un

²⁴² Ver, entre otros, la Declaración de Teherán proclamada el 13 de mayo de 1968, en la cual se afirma: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”.

giro en la hermenéutica jurídica internacional (con importantes efectos en el derecho interno), coadyuvada por cambios en las normas internacionales que tienden a dotar a estos derechos de tutela o mecanismos de protección a nivel internacional. Es así como en 2008 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, que establece la competencia del Comité para supervisar el cumplimiento del pacto²⁴³. Dicha decisión, busca la creación de un mecanismo internacional de reparaciones para las violaciones del pacto.

El protocolo facultativo constituye un mecanismo internacional que permite a personas o grupos incoar quejas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en relación a transgresiones imputables a un Estado Parte, a través de tres procedimientos de tutela específica: (i) comunicaciones individuales, (ii) comunicaciones interestatales y (iii) un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas a los DESC.

Aunado a ello, es cada vez más común que la dogmática del PIDESC y los pronunciamientos del Comité DESC son una base argumentativa muy importante para que las jurisdicciones internas de los Estados (en especial

²⁴³ Resolución A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008, de la Asamblea General. Ver: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/477/84/PDF/N0847784.pdf?OpenElement> (20 julio 2011).

las constitucionales) en la protección efectiva de los DESC²⁴⁴. Y muchos países han incorporado el PIDESC a su ordenamiento jurídico.²⁴⁵

1.3. El alcance hermenéutico

Este período se caracteriza por la importante labor interpretativa en torno a los diferentes instrumentos en materia de derechos sociales, a partir de la cual los órganos y tribunales internacionales han trabajado en la interpretación, alcance y aplicación de los derechos sociales contenidos en los diferentes tratados y convenciones. Por ejemplo, las denominadas observaciones generales y las observaciones finales que ha emitido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, a partir de 1989, en el sentido de interpretar los derechos sustantivos El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴⁶, se han convertido en un referente obligado²⁴⁷.

²⁴⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, con base en la doctrina del bloque de constitucionalidad y las normas del derecho internacional en materia de derechos sociales, ha afirmado que el derecho a la salud es un derecho fundamental *per se*, sin la necesidad de acudir a la teoría de la conexidad (sentencia T 760 de 2008). En igual sentido, ha acudido a la normas y jurisprudencia internacional para incrementar el nivel de protección del derecho a la vivienda previsto en la constitución colombiana (C 963 de 2003) y también ha afirmado el carácter fundamental del derecho a la seguridad social con una clara remisión al derecho internacional de los DESC (T 595 de 2002).

²⁴⁵ “[D]e una muestra de 147 países se verificó que el 38% había incorporado directamente la Convención, que un 49% no había reconocido los derechos de esa manera y que el 13% no había ratificado el pacto.” *Teoría y Jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado, op. cit.*, p. 32.

²⁴⁶ Las diferentes observaciones generales que ha emitido versan sobre lo siguiente: Observación General N° 1 (1989): Presentación de informes por los Estados Parte; Observación General N° 2 (1990): Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto); Observación General N° 3 (1990): La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); Observación General N° 4 (2000): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); Observación General N° 5 (1994): Las personas con discapacidad; Observación General N° 6 (1995): Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores; Observación General N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzosos; Observación General N° 8 (1997): Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales;

Es importante señalar que los órganos encargados de la interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos sociales, han hecho hincapié en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, han criticado la supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, y han producido significativos aportes en la concreción y desarrollo del contenido esencial de los derechos sociales, la identificación de su titular, del sujeto deudor, su alcance y los mecanismos de protección.

En efecto, la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos es hoy inequívoca en tratar homogéneamente a los derechos civiles y políticos y a los derechos sociales. Anteriormente, se sostuvo que

Observación General N° 9 (1998): La aplicación interna del Pacto; Observación General N° 10 (1998): La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; Observación General N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14); Observación General N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (art. 11); Observación General N° 13 (1999): El derecho a la educación (art. 13); Observación General N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); Observación General N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto); Observación General N° 16 (2005): La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto); Observación General N° 17 (2005): Derechos de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto); Observación General N° 18 (2005): El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto), Observación General N° 19 (2008): El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ver: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html (10/12/2015).

²⁴⁷ Otro de los esfuerzos hermenéuticos a destacar lo constituye la doctrina internacional producida por destacados expertos de derecho internacional, comunidades académicas e institucionales y organizaciones de derechos humanos; entre las interpretaciones académicas más respetadas y relevantes se encuentran los denominados *Principios de Limburgo* (1986), destinados a analizar el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los informes presentados por los Estados al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc y la cooperación internacional; de igual manera, *las Directrices de Maastricht* (1997), que se esfuerzan en precisar principalmente “la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos”; y *la Declaración de Quito* (1998), destinados a precisar el alcance de la exigibilidad de los DESC y evaluar con sentido crítico su realización en América Latina y el Caribe. Al respecto, consultar: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Jurisprudencia%20T%20IV%203.pdf> y, de igual manera, <http://www.derechos.org/nizkor/la/declaraciones/quito.html>.

las obligaciones que emanaban de los derechos civiles y políticos imponían únicamente obligaciones de tipo negativo, no requerían la utilización de recursos económicos, eran de cumplimiento inmediato y tenían un contenido preciso. Mientras que los derechos económicos sociales y culturales imponían al Estado sólo obligaciones de contenido positivo, condicionadas a la disponibilidad económica, de cumplimiento progresivo y de contenido abstracto o difuso. Empero, esta dicotomía, afortunadamente, ha sido refutada por una destacada corriente doctrinaria que plantea una uniformidad dogmática de los derechos humanos, la cual conlleva a que tanto los derechos civiles y políticos y los derechos sociales deban ser interpretados y aplicados, en sede jurisdiccional, como verdaderos derechos con una estructura, fundamento y garantías sin diferencias radicales.

La hermenéutica actual de derecho internacional muestra que tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales: *(i)* emergen obligaciones positivas y negativas; *(ii)* necesitan el suministro de recursos económicos; *(iii)* surgen obligaciones de carácter inmediato y progresivo; y *(iv)* se derivan obligaciones más precisas y menos vagas²⁴⁸.

Finalmente, es relevante señalar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en materia de derechos sociales, ha fortalecido ha fortalecido los estándares de protección, llevando a sede judicial materias tradicionalmente excluidas o vedadas a efectos de incorporar subreglas de tutela concreta en las jurisdicciones internas. Así, las citas continuas al derecho internacional de los derechos sociales han creado un ambiente propicio para que *(i)* este tipo de normas sean un material jurídico relevante para la solución de casos concretos, *(ii)* se restrinja la discrecionalidad de los poderes políticos y *(iii)* en el litigio ante las cortes

²⁴⁸ Cfr. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, "La supuesta dicotomía entre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos Sociales y Culturales a la luz de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", *cit.*, p. 277 a 318.

nacionales se acuda frecuentemente a argumentos cimentados bajo la base del derecho internacional.²⁴⁹

2. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A partir de los diferentes instrumentos en materia de derechos económicos sociales y culturales²⁵⁰, surgen varias obligaciones a los Estados que son de imperativo cumplimiento, vinculan a todas las ramas del poder público y ya no dependen de la discrecionalidad o de la eventual voluntad estatal. Son obligaciones jurídicas en estricto sentido, máxime cuando los Estados reconocen a los derechos sociales a nivel normativo o por medio de la jurisprudencia como derechos fundamentales.

El Comité en las Observaciones Generales No. 3 y No. 8 referidas a “[l]a índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” y a “[l]a aplicación interna del Pacto”, respectivamente, ha elaborado importantes análisis sobre el alcance de las obligaciones de los Estados en derechos sociales, interpretaciones que están destinadas a servir como referentes obligatorios para dilucidar el significado de las disposiciones en la materia.

Dentro de las obligaciones internacionales del Estado en derechos sociales, son relevantes para el presente trabajo las obligaciones de progresividad, de desarrollo del contenido esencial y de adopción de medidas de carácter legislativo, por estar en relación directa con el objeto de investigación.

²⁴⁹ Cfr. ROSSI, Julieta y FILIPPINI, Leonardo, “El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales: el caso de Latinoamérica”, *op. cit.*, pp. 210- 216.

²⁵⁰ Entre los principales instrumentos en materia de protección internacional de derechos sociales se encuentran: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, Carta Social Europea, Carta Africana de Derechos Humanos.

2.1. Tipología de obligaciones estatales genéricas

En primer término, es preciso identificar un tipo de obligaciones que abarcan el universo de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional y, por ende, tienen que ver con derechos sociales.

2.1.1. Obligación de respeto y garantía de los derechos sociales

El derecho internacional de los derechos humanos integra un *corpus iuris* internacional que tutela la dignidad humana como objeto y fin de todos los tratados de derechos humanos. Por consiguiente, vinculan a todos los poderes públicos como límites infranqueables y, en consecuencia, deben respetarse y hacerse respetar (ante terceros), y garantizar su disfrute a todas las personas sujetas a la jurisdicción estatal interna.

Por otra parte, el Estado debe garantizar su libre y pleno ejercicio a través de la prevención, investigación y sanción a los agentes estatales y a los terceros que los violen por acción u omisión²⁵¹.

El deber de respeto hacia los derechos humanos es en esencia una obligación de abstención o negativa, de aplicación inmediata y de resultado, en donde el Estado no puede ni debe, directa o indirectamente, obstaculizar el ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, a través de acciones ilegítimas o arbitrarias, pues ello comprometería su responsabilidad internacional; en efecto, un Estado no podrá realizar actos discriminatorios, así como también le está vedado

²⁵¹La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 1.1), que existen para el Estado deberes fundamentales de respeto y de garantía; el primero, refiere que “[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”; el segundo, “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, párrafos 164 a 167, tesis reiterada en el Caso Godínez Cruz y Fairén Galvis y Solís Corrales.

promulgar leyes regresivas o derogar leyes, rescindir políticas, disposiciones administrativas y programas que protejan un determinado derecho social, sin una justificación razonable.

La obligación de garantía es un deber más complejo por cuanto implica varias acciones positivas por parte del Estado, el cual debe obrar con toda su estructura institucional para poder cumplir dicho mandato, que se orienta al libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de los asociados. En virtud de ello, el Estado debe prevenir razonablemente las posibles violaciones a los derechos humanos (civiles y políticos, sociales y colectivos); investigar seriamente a quienes los infrinjan, sancionar adecuadamente a sus responsables y reparar integralmente a las víctimas.

Sepúlveda afirma que en el derecho internacional la obligación de respeto y de garantía consagrada en artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no solo conlleva una obligación negativa o de abstención si no también el compromiso de ejecutar acciones positivas imprescindibles para la protección de los derechos. “Esta es claramente la interpretación dada por el Comité de Derechos Humanos y la práctica seguida por los órganos regionales de supervisión de los instrumentos, en la actualidad no existe ninguna diferencia significativa entre la naturaleza de obligaciones que impone los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro”²⁵².

En consecuencia, los derechos sociales, en tanto derechos humanos regidos por los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, se deben respetar y garantizar al igual que los derechos

²⁵²SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena, “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos”, *cit.*, p. 294.

civiles y políticos. Afirmar lo contrario sería admitir la caprichosa diferencia de protección entre derechos y postergar su imperativa tutela²⁵³.

Es relevante anotar que las obligaciones de respeto y garantía van inescindiblemente ligadas a la efectividad del régimen sustantivo de los derechos consagrados en los diferentes instrumentos. Por ello, cualquier inobservancia a un derecho comporta de manera lógica la violación inmediata de los compromisos internacionales del Estado que dimanen del instrumento internacional²⁵⁴.

Por último, es importante señalar que a la luz de los instrumentos internacionales, la obligación de respeto y garantía de los derechos sociales no debe ser postergada sin la existencia de una justificación razonable y dejada al libre albedrío de los poderes políticos del Estado, pues ello implicaría la negación y violación constante de un deber que ética y jurídicamente se torna cada vez más apremiante.

2.1.2. Obligaciones positivas y negativas

²⁵³ Al respecto, las directrices de Masstricht han precisado: “Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: la obligación de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos sociales y culturales. Así el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud.” Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (1997), párrafo No. 6.

²⁵⁴ En esta línea de argumentación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en jurisprudencia constante que cuando un funcionario del Estado o de una institución de carácter público vulnere alguno de estos derechos, se configura una hipótesis de infracción a deberes de respeto y garantía. Ver: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C No. 110, párr. 72; caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C No. 98, párr. 63; opinión consultiva Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 76 y caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C No. 72, párr. 178.

Las obligaciones se clasifican en este sentido atendiendo a lo que debe hacer o dejar de hacer el sujeto pasivo de la obligación en aras de cumplir con el objeto de la misma. En ese orden de ideas, la obligación es positiva cuando el obligado debe actuar o ejercer una acción positiva para cumplir con el objeto del deber. En sentido contrario, la obligación es negativa cuando el sujeto pasivo, para cumplir con el objeto de la obligación, debe abstenerse de actuar u omitir alguna conducta que pueda ser contraria al respeto y garantía del compromiso adquirido.

Tradicionalmente, se había considerado que mientras los derechos civiles y políticos imponían obligaciones negativas, los derechos sociales imponían obligaciones positivas; lo anterior llevó a concluir, a la luz de una lógica lacónica, que los últimos, al necesitar para su cumplimiento actos positivos del Estado, siempre serían más onerosos en términos económicos que los primeros. Este sofisma por fortuna hoy está superado, habida consideración que si somete a un análisis más ponderado es inobjetable reconocer que de los dos tipos de derechos emanan obligaciones tanto positivas como negativas. Por ejemplo, en relación con el derecho a la vivienda adecuada²⁵⁵ (artículo 7 del PIDESC), el Estado tiene la obligación negativa de abstenerse de realizar desalojos forzosos, o respecto al derecho a la salud²⁵⁶ las autoridades públicas tiene las siguientes obligaciones de abstención: 1) Denegar o limitar el igual acceso a todas las personas a los servicios de salud; 2) Imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer; 3) Prohibir o impedir los cuidados preventivos, entre otras. Por su parte, las obligaciones positivas que se derivan de los derechos civiles y políticos conllevan una amplia gama de acciones estatales, por ejemplo, el desarrollo institucional y la inversión de significativos recursos públicos

²⁵⁵ Observación General N° 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11), párrafo 18 y Observación General N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): Los desalojos forzosos (párrafos 1 y 8).

²⁵⁶ Observación General N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 34.

que permitan garantizar el derecho al voto, en el marco de un proceso electoral, o las acciones y recursos fiscales que tiene que desplegar y sufragar el Estado para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, constituyen claros ejemplos de derechos individuales clásicos que se garantizan positivamente.

En conclusión, el respeto y garantía de todos los derechos humanos requiere, según el caso, el concurso de acciones u omisiones o recursos públicos para su plena efectividad. Empero, no se puede negar que la mayoría de los derechos sociales tienen una faceta prestacional muy importante, pero no por ello el sujeto obligado (Estado), aún incluso ante una grave coyuntura económica o de otra índole, puede dejar de cumplir con sus responsabilidades internacionales y constitucionales, máxime cuando ellas contribuyen eficazmente a la realización de la dignidad humana y al proyecto de vida de las personas sujetas a su jurisdicción. Lo que sí es legítimo en una democracia constitucional es que los poderes públicos del Estado (ejecutivo y legislativo), tengan una razonable discrecionalidad en la definición o escogencia de los medios idóneos y oportunos para garantizar los derechos. No obstante, cuando ello no ocurra la jurisdicción nacional, principalmente, o internacional, subsidiariamente, deberá corregirlo.

2.1.3 Obligaciones de conducta y de resultado

Una obligación es de conducta o de medio cuando se le exige al sujeto obligado “acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico”²⁵⁷; es decir, es su deber el despliegue de todos los medios idóneos y oportunos que tiene a su alcance para garantizar el fin encaminado al cumplimiento de la obligación. Por ejemplo, la obligación de prevenir violaciones a los

²⁵⁷ Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Directriz No. 7.

derechos humanos es una obligación de medio, ya que “no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”²⁵⁸, al igual que la obligación de investigar, la cual “no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio”²⁵⁹, sino que se exige del sujeto obligado una actuación idónea y razonable, es decir, que su conducta esté encaminada al cumplimiento del deber a través de todos los medios necesarios y disponibles hacia dicho objetivo. “Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna”²⁶⁰.

La obligación de resultado, por su parte, implica que el sujeto obligado “cumpla objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa”²⁶¹, esto es, no basta que el sujeto pasivo de la obligación ponga todos los medios para garantizar el derecho, sino que imperativamente debe hacerlo efectivo. En otras palabras: Debe necesariamente alcanzar el resultado. “Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995”²⁶².

2.1.4. Obligaciones de cumplimiento inmediato y cumplimiento progresivo

²⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, párrafo 175.

²⁵⁹ *Idem*, párrafo 177.

²⁶⁰ Directrices de Maastricht sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Directriz No. 7.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² *Idem*.

Una obligación es de cumplimiento inmediato cuando el objeto del deber, concretizado en una acción o en una abstención, puede ser exigido al sujeto pasivo del derecho de manera inmediata. Es decir, el obligado está en el deber actual e impostergable de cumplir el objeto de la obligación de manera coetánea a su creación. Por su parte, la obligación de cumplimiento progresivo implica que el cumplimiento del objeto del deber puede, en principio, ser diferido en el tiempo. En otras palabras, el obligado puede y tiene la facultad de cumplir su objeto de manera paulatina, teniendo en cuenta el grado de dificultad que sobreviene de las condiciones fácticas y jurídicas.

Tradicionalmente, se ha estimado que las obligaciones de cumplimiento inmediato eran predicables exclusivamente de los derechos civiles y políticos, pues al tratarse, supuestamente, de meras abstenciones (obligaciones negativas) no comprometían recursos económicos siempre escasos y, por consiguiente, era posible cumplirlas o hacerlas efectivas de manera inmediata. En ese orden de ideas, se estimó que las obligaciones de cumplimiento progresivo, eran aplicables de manera exclusiva a los derechos sociales, pues su contenido prestacional implicaba desplegar actos (obligaciones positivas) e incurrir en gastos a cargo del erario público, los cuales debían respetar la disponibilidad presupuestaria y la planificación por parte de los poderes públicos. Por esta razón, solo era posible su cumplimiento de manera progresiva.

Empero, como se expuso anteriormente, la efectividad de cualquier tipo de derecho fundamental exige el cumplimiento de acciones u omisiones por parte del sujeto obligado; luego, afirmar que el respeto y garantía de un derecho depende del tipo de obligaciones que impone (positivas o negativas), no es un argumento de peso que justifique la diferenciación entre derechos de libertad y derechos sociales. Por otra parte, el Comité ha subrayado que “aunque él [Pacto] contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los

recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato”²⁶³. Así, por ejemplo, las siguientes disposiciones del PIDESC han sido identificadas como obligaciones de cumplimiento inmediato en materia de derechos sociales: El deber de asegurar la igualdad en el goce de los derechos a los hombres y a las mujeres²⁶⁴ (artículo 3°); el derecho al salario igual por trabajo de igual valor (artículo 7° a. i); el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos, y el derecho de huelga (artículo 8°); el deber de adoptar medidas de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna (artículo 10.3); el deber de otorgar enseñanza primaria obligatoria y asequible a todos gratuitamente (artículo 13.2. a).

En conclusión, la obligación de respeto, protección y garantía de los derechos sociales no se cumple satisfactoriamente con la sola consagración de sus contenidos en tratados y constituciones, máxime cuando la inclusión de la obligación de progresividad comporta un “reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo”²⁶⁵. No obstante, es pertinente evitar, como lo señala el Comité, “cualquier suposición *a priori* de que las normas del pacto no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos,

²⁶³ Observación General N° 3 (1990): Sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

²⁶⁴ Observación General N° 16 (2005): La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del PIDESC) párrafo 16.

²⁶⁵ Observación General No. 3 (1990): Sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 9).

cuyas disposiciones se consideran generalmente que son de aplicación inmediata”²⁶⁶.

2.1.5. Obligación de protección y cumplimiento

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales las obligaciones dimanantes del PIDESC con relación a los derechos sustantivos contenidos en éste, son, además de respetar, proteger y cumplir²⁶⁷.

Proteger, es en una obligación positiva, de aplicación progresiva (en principio) y de medio, pues impone al Estado el deber de actuar positivamente de manera paulatina a la creación de este compromiso, con el fin de otorgar garantías legislativas, administrativas y judiciales, para cumplir los compromisos adquiridos en relación a la tutela de todos los derechos sustantivos protegidos. En consecuencia, el Estado debe adoptar acciones tales como impedir a terceros que interfieran en el disfrute de los derechos²⁶⁸, aprobar disposiciones constitucionales y legislativas²⁶⁹, etc.

Por su parte, la obligación de cumplir tiene una naturaleza compleja, por cuanto incluye también las subobligaciones de facilitar, promover y garantizar.

El deber estatal de cumplir se refiere, de manera general, a la adopción de medidas positivas, necesarias y suficientes para dar efectividad a los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Dichas

²⁶⁶ Observación General N° 9 (1998): La paliación interna del Pacto (párrafo 11).

²⁶⁷ Observación General No. 14 (2000) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafos 33-38; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15 (2002): El derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de derecho económicos sociales y culturales), párrafos 20- 29.

²⁶⁸ Observación General No. 19 (2007): El derecho a la Seguridad Social (artículo 9), párrafo 45,

²⁶⁹ Observación General No. 19 (2005): El derecho al Trabajo (artículo 6), párrafo 25

medidas van desde la adopción de leyes que desarrollen los derechos humanos sociales hasta la concreción de políticas públicas, estrategias nacionales o planes de acción. Esta obligación tiene un contenido positivo, progresivo y de medio.

2.2. Obligaciones específicas

Vista la anterior tipología de obligaciones estatales que emanan del derecho internacional respecto de los derechos humanos en general, se entrará a analizar las obligaciones específicas en relación con los derechos sociales.

2.2.1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Según el Comité la noción de “progresiva efectividad” se refiere a la aceptación que la total efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales no puede alcanzarse en el transcurso de un corto periodo de tiempo. Por consiguiente, se puede mirar la progresividad como un “dispositivo flexible” acorde con las complejas realidades y problemas fácticos que enfrentan los Estados contemporáneos para respetar y garantizar los derechos sociales²⁷⁰.

No obstante, la posibilidad de diferir la plena efectividad de estos derechos a un periodo de tiempo razonable, no implica la errónea hermenéutica de dar una patente de corso para postergar indefinidamente su plena vigencia. De allí que la obligación de progresividad debe interpretarse en el sentido de cumplir el objeto y fin del tratado, esto es, respetar todas y cada una de las obligaciones internacionales en relación a la efectividad de los derechos que regula el instrumento y, en ese orden de ideas, lograr que los Estados partes obren a la luz de ese objetivo.

²⁷⁰ Observación General N° 3 (1990), párrafo 9.

Como corolario de lo anterior, las medidas palmariamente regresivas “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”²⁷¹. Esto ha llevado en el plano del derecho interno a que medidas administrativas o leyes regresivas se sometan a un test de constitucionalidad estricto, se obligue a respetar el principio de razonabilidad²⁷² o incluso se presuman inválidas o inconstitucionales.

Según Abramovich y Courtis²⁷³ la obligación de progresividad se manifiesta en dos sentidos complementarios: la gradualidad y el progreso. La primera, en el sentido de que “la plena efectividad de todos los derechos económicos sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo” y, por consiguiente, se trata de un componente flexible que es consciente de las dificultades fácticas y sobre todo económicas, para que los Estados logren su pleno cumplimiento de manera inmediata. Y la segunda, en el sentido que el Estado se encuentra obligado a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de dichos derechos. Es decir, no puede retroceder ni desmejorar, en principio, las condiciones actuales de un derecho de índole social.

Sepúlveda²⁷⁴, en similar sentido, afirma que la obligación de progresividad supone al menos dos obligaciones implícitas: 1) La obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; 2) La obligación de abstenerse

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” en Courtis, Christian (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, p. 21.

²⁷³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *cit.*, pp. 93 a 116.

²⁷⁴ SEPÚLVEDA, Magdalena, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente””, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, *cit.*, pp.124 -134.

de tomar medidas deliberadamente regresivas. En consecuencia, la inobservancia de una de estas dos sub-obligaciones implica la contravención del PIDESC, pues un Estado puede violar el Pacto cuando se abstiene de tomar medidas para el cumplimiento de los derechos (omisiones) o cuando toma medidas palmariamente regresivas (acciones).

La primera sub-obligación implica que los Estados tienen el deber inmediato, desde la entrada en vigor del pacto, de adoptar medidas independientemente de su desarrollo económico, pues la realización progresiva implica un continuo avance, un ir hacia delante de la manera más ininterrumpida posible. Por tal razón, la progresividad no solo se traduce en el deber de realizar acciones positivas (fácticas o normativas), sino también en el requerimiento de que los Estados actúen y no sean pasivos frente a situaciones de deterioro de los derechos sociales de sus asociados, máxime cuando la responsabilidad del Estado en el derecho internacional deviene, entre otras causas, de la omisión de sus agentes. En ese sentido, son ilustrativos los Principios de Limburgo²⁷⁵, las Directrices de Maastricht²⁷⁶ y la Declaración de Quito²⁷⁷, en los cuales se dilucida la posibilidad de violaciones por inacción estatal.

La segunda sub-obligación implícita se refiere a la prohibición de adoptar medidas regresivas, las cuales, en principio, se encuentran proscritas; pero, si se adoptan políticas o se promulgan leyes deliberadamente regresivas, corresponde al Estado probar (*onus probandi*) que dichas medidas están plenamente justificadas en la protección del plexo de derechos sociales y con el aprovechamiento del máximo de los recursos disponibles.

²⁷⁵ Cfr. Principios de Limburgo, párrafo 72.

²⁷⁶ Cfr. Directrices de Maastricht, párrafo 15.

²⁷⁷ Cfr. Declaración de Quito, párrafos 30 a 40.

Así las cosas, es posible afirmar que la obligación de progresividad en materia de derechos sociales, tiene dos consecuencias lógicas: La primera, la progresividad en *stricto sentido*, la cual impone al Estado la obligación positiva de adoptar medidas de diversa índole; entre ellas se destaca el desarrollo legislativo, por ser el más idóneo para definir y direccionar políticas públicas y materializar o concretar de manera directa el contenido de los derechos sociales fundamentales, y con ello respetando plenamente el principio democrático. Se incurre en violación a esta obligación, cuando el Estado no adopta las medidas necesarias (conducta de omisión) para respetar y garantizar estos derechos, *verbi gracia*, la no adopción de una política pública o la no promulgación de una ley para desarrollar un derecho constitucional de contenido social.

Y la segunda consecuencia, es la obligación negativa de prohibición de no regresividad, la cual consiste en la proscripción relativa de no desmejorar las posiciones jurídicas de un sujeto titular de estos derechos. Por consiguiente, esta prohibición no es absoluta, sino que es ponderable según las condiciones fácticas y jurídicas de una coyuntura determinada. Lo anterior es explicable desde el punto de vista de la teoría jurídica, en la medida que al adoptar la progresividad una estructura de principio, obliga *prima facie* al Estado a obrar en determinada dirección, esto es, no afectar una posición jurídica consolidada; sin embargo, es posible afectar regresivamente un derecho sin comprometer su responsabilidad, cuando existan razones de tal peso que lo justifiquen, que sean constatables en el ámbito fáctico y que respeten el principio de proporcionalidad. No obstante, un Estado no podrá hacer reversibles los contenidos básicos o núcleos esenciales de un derecho social, pues en ese evento la prohibición de retroceso obra como una proscripción absoluta y, por lo tanto, inderogable²⁷⁸.

²⁷⁸ Cfr. ROSSSI, Julieta, "La obligación de no regresividad en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., pp. 94 a 99. En igual

La doctrina actual se ha preocupado por dilucidar y desarrollar los contenidos normativos de la prohibición de regresividad, habida cuenta que éste es quizás el elemento jurídico-normativo más visible del principio de progresividad, y el cual ha tenido especial importancia en las jurisdicciones internas de los Estados, especialmente en el control de constitucionalidad, a partir de la aplicación de test de escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, ante la presencia medidas restrictivas, de discriminación o regresivas²⁷⁹.

La cuestión a esclarecer es el alcance y contenido normativo del principio de progresividad *stricto sensu*, esto es, la obligación que le asiste a los Estados de avanzar en el disfrute y goce del derecho de manera gradual, a través de la adopción de medidas institucionales como la adopción de leyes o políticas públicas, etc.

Si bien es importante que el legislador no retroceda en la protección y vigencia de un derecho social, no lo es menos que avance en su respeto y garantía, potenciando y haciendo posible su disfrute efectivo, máxime cuando el obligado es un Estado social de derecho en donde la acción positiva estatal es imperativa e ineludible para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Focalizarse exclusivamente, como de hecho sucede, en la proscripción de regresividad, constituye una respuesta insuficiente, propia de la filosofía del Estado liberal clásico en el cual tenían mayor peso las abstenciones que las acciones, lo que ha

sentido ver: SEPÚLVEDA, Magdalena, "La Interpretación del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente"", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., pp. 142 a 144.

²⁷⁹ UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180 (05/01/12). Igualmente, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, T. IV Derechos Fundamentales y Tutela Constitucional, México, 2008. En similar sentido: COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 21 a 29.

conducido, a la postre, a estimar que solo es justiciable la no reversión frente a normas proferidas por el legislador o decisiones administrativas en políticas públicas, y encontrar problemático el control judicial cuando quiera que no se produzcan avances efectivos por parte de los poderes públicos.

Al respecto es oportuno preguntar: ¿Si un Estado se encuentra obligado internacional y constitucionalmente a hacer efectivos los derechos sociales de manera gradual y progresiva, la inactividad de los poderes públicos, la omisión legislativa o el *statu quo* normativo implican una violación de este principio, o está dentro de los márgenes de discrecionalidad política que le asiste al poder legislativo?

La respuesta a este interrogante no es fácil, debido a la complejidad que reviste para los Estados la garantía efectiva de los derechos sociales en atención a la llamada reserva de lo posible²⁸⁰. Empero, es criticable la asimetría con la que tradicionalmente se han tratado los derechos civiles y

²⁸⁰ Uprimny y Guarnizo, a partir del estudio de la jurisprudencia colombiana, demuestran lo complejo que es para los tribunales constitucionales juzgar si se está en presencia o no de una prohibición de retroceso en materia de derechos sociales. Al respecto, encuentras tres posiciones: (i) Aquella que niega toda eficacia al principio de no regresividad en defensa del principio democrático, frente a meras expectativas de derechos sociales, esto es, todavía no consolidados, o que se reconsideran decisiones normativas que se estiman insostenibles o inequitativas; “[s]in embargo, esta concepción no toma en serio la fuerza normativa del principio de progresividad, con lo cual, los avances en derechos sociales quedan desamparados frente a cambios legislativos impulsados por mayorías ocasionales”. (ii) En el extremo opuesto, la tesis según la cual la prohibición de regresividad debe ser aplicada en forma plena en toda circunstancia, lo cual es positivo para la protección de los derechos sociales de personas que ya se encuentran amparadas por un determinado régimen legal. Pero, limita considerablemente el principio democrático en el rediseño de las políticas públicas ante cambios sociales y económicos. Además, “esta visión estricta de la prohibición de retroceso puede perpetuar regulaciones en materia de derechos sociales ineficientes o inequitativas”. (iii) Y la tesis intermedia, que logra superar esa polarización, a través del juicio de proporcionalidad o de razonabilidad como criterio para determinar la validez o no de una medida regresiva, que en principio debe presumirse inconstitucional, “pues reconoce la fuerza normativa del principio de progresividad pero sin petrificar el ordenamiento jurídico ni anular las posibilidades de rectificación y reconsideración de las políticas sociales por parte de los órganos de origen democrático, como son los gobiernos y los parlamentos. Es más, esa dogmática incluso estimula la deliberación democrática, pues obliga a las autoridades a justificar, en forma pública y convincente, los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos sociales.” UPRIMNY, Rodrigo y GUARNIZO, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, op. cit.

políticos de los cuales se exige su eficacia inmediata. Por ello, es importante resaltar que si bien es cierto, respecto de los derechos sociales les asiste a los Estados un grado de apreciación razonable sobre la oportunidad para el desarrollo progresivo, ello no justifica el *statu quo* absoluto, la falta de medidas necesarias para su efectividad en un largo periodo de tiempo, ni tampoco la ausencia absoluta de normas legales que desarrollen el derecho consagrado en normas superiores que exhortan a los poderes públicos a su concreción, máxime cuando en ocasiones ni siquiera se garantiza el contenido mínimo esencial de estos derechos.

En ese orden de ideas, no adoptar una política pública o no promulgar una ley en un apreciable periodo de tiempo que desarrolle progresivamente los derechos sociales, como lo exige y exhorta el derecho constitucional e internacional, equivale en la práctica a un patrón de comportamiento regresivo que violade manera palmaria el principio de progresividad en estricto sentido.

Ante esta problemática, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión obra como un mecanismo idóneo de control y de garantía de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, el cual tiene como finalidad que el legislador avance en la protección de los derechos sociales. Este instituto se constituye en una garantía para que se haga justiciable el incumplimiento del deber de progresividad en estricto sentido y, de esta manera, lograr que el estamento judicial, en ejercicio del principio de colaboración armónica entre poderes públicos, exhorte al legislativo a que no postergue indefinidamente y sin justificación su tutela efectiva.

2.2.2. La obligación de no discriminación

La obligación de no discriminación es una obligación de naturaleza negativa, de resultado y de cumplimiento inmediato. Negativa, por cuanto impone el deber al Estado de abstenerse de ejercer conductas o actos

discriminatorios en contra de las personas sujetas a su jurisdicción. De resultado, ya que el Estado debe imperativamente cumplir con la prohibición y no basta con poner todos los medios para hacerlo. Y de cumplimiento inmediato, porque la prohibición de no discriminación no puede ser sometida al principio de progresividad. Se cumple o no se cumple, pero bajo ningún punto de vista puede diferirse el acatamiento de esta obligación en el tiempo, pues ello autorizaría un trato discriminatorio *pro tempore* en perjuicio del titular del derecho²⁸¹.

Es importante resaltar que el principio de no discriminación es la consecuencia lógica del principio de igualdad, lo cual implica que el Estado no puede realizar diferenciaciones injustificadas basadas sobre factores tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social²⁸². De esa manera, cualquier comportamiento estatal, ya sea por acción o por omisión, en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial que transgreda la proscripción de discriminación estaría violando disposiciones de derecho internacional. Lo anterior, con mayor razón si se tiene en cuenta que en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación hace parte de las normas de *ius cogens*²⁸³, es decir, una norma imperativa de derecho internacional²⁸⁴.

²⁸¹ En la Observación General N° 3 (1990), párrafo 1, el Comité precisó que una de las obligaciones, de particular importancia, con efecto inmediato, consiste en que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación.

²⁸² Cfr. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Cristian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 48.

²⁸³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC N° 18 sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (2003), párrafo 110, consideró que "en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico". En similar sentido ver: Corte Interamericana de

Según el Comité, el principio de no discriminación tiene una importancia especial en los derechos al trabajo (artículo 6° del PIDESC)²⁸⁵, a la seguridad social (artículo 9° del PIDESC)²⁸⁶, a la igualdad de derechos del hombre y la mujer en el disfrute de los DESC (artículo 3° del PIDESC)²⁸⁷, a la protección de los intereses morales y materiales del autor de producciones científicas, literarias o artísticas (artículo 15, párrafo 1, apartado c del PIDESC)²⁸⁸, entre otros, las cuales son obligaciones básicas que de manera imperativa deben cumplir los Estados y, de contera, forman parte de su contenido esencial.

2.2.3. Obligación de desarrollar el contenido esencial de los derechos sociales

La obligación de garantizar mínimos esenciales en materia de derechos sociales es un imperativo del derecho nacional e internacional. Es preciso afirmar que este deber es una obligación positiva, de cumplimiento inmediato y de resultado, de lo contrario no tendría sentido que el Estado reconozca dichas obligaciones y esta declaración de voluntad política no produzca ningún efecto jurídico inmediato; el Estado para cumplir este deber tiene que desarrollar de manera activa e inmediata (acciones positivas) a través de todas las ramas del poder público. Si ello no es así, la esencia y legitimidad del Estado social de derecho se ve socavada, así

derechos humanos, sentencia del 23 de junio de 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párrafos 184 a 186.

²⁸⁴Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “[e]n todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

²⁸⁵Observación General N° 18 (2005), párrafo 31.

²⁸⁶Observación General N° 19 (2008), párrafos 29-31.

²⁸⁷Observación General N° 16 (2005), párrafos 10-14.

²⁸⁸Observación General N° 17 (2005), párrafos 19-21.

como también la existencia mínima del contenido normativo esencial del derecho consagrado en instrumentos internacionales y disposiciones domésticas, y, desde luego, se verá comprometida la dignidad humana del titular del derecho.

No obstante, identificar el contenido esencial resulta complejo y ha suscitado arduos debates doctrinales y jurisprudenciales en torno a los siguientes interrogantes: ¿Qué es el contenido esencial de los derechos fundamentales?, ¿Cómo se identifica?, ¿Qué estructura normativa adopta dicho contenido?

Desde el derecho internacional, el contenido mínimo de un derecho tiene una inescindible relación con las obligaciones básicas que le asisten a los Estados en materia de derechos sociales. Desde muy temprano en la observación general N° 3, el Comité identificó “la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En ese orden de ideas, si el pacto no se interpreta a partir de considerar la existencia de una obligación mínima, el reconocimiento de los derechos carecería en gran medida de su razón de ser. Así, la falta de alimentos esenciales, de atención primaria en salud, de abrigo y vivienda básicos y de enseñanza básica, indican que el Estado está, *prima facie*, incumpliendo sus obligaciones elementales en esta materia, lo cual conduce a la postre a una presunción de incumplimiento de sus deberes, con la correlativa inversión de la carga de la prueba.

A partir de la anterior consideración, el Comité se propuso identificar las obligaciones básicas que le asisten a los Estados partes en relación con cada uno de los derechos, las cuales coinciden inexorablemente con un contenido esencial inderogable de los derechos sociales. Empero, es pertinente constatar un cambio hermenéutico relevante en los pronunciamientos de dicho organismo. En un principio (desde las observaciones 1 hasta la 13), el Comité reconoció la existencia de un contenido mínimo de los derechos, pero reservó a los Estados la

posibilidad de poder intervenir en él, particularmente por dos razones: La primera, porque el organismo no identificó satisfactoriamente las obligaciones básicas de los Estados en relación a los derechos y, la segunda, porque le dio a las obligaciones, someramente determinadas, la connotación de derogables, reversibles o restringibles cuando quiera que el Estado, en la formulación de sus normas o políticas públicas, respetase los requisitos de justificación razonable. Sin embargo, en la observación general N° 14 el Comité avanzó en identificar de manera clara las obligaciones básicas del Estado con relación a un derecho²⁸⁹ y, por consiguiente, consideró la imposibilidad de derogación del contenido básico. Por ejemplo, frente al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, esta observación general determinó que un Estado no puede bajo ninguna circunstancia justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas, en la medida que son inderogables.²⁹⁰ La problemática surge cuando un Estado pretende adoptar una medida regresiva justificada que afecta las obligaciones básicas o el contenido esencial de un derecho social.

La doctrina y la jurisprudencia internacional han reconocido que un Estado puede tomar una medida regresiva sin comprometer su responsabilidad internacional, siempre y cuando tenga sólidos argumentos justificatorios que hablen a favor de la racionalidad y proporcionalidad de la medida.

²⁸⁹Respecto a las obligaciones básicas el Comité señaló en su Observación General N° 3 (1990) que “los Estados partes tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto”. De conformidad con ese lineamiento, el Comité ha venido identificando de manera precisa las obligaciones básicas del Estado en relación a los diferentes derechos contenidos en el Pacto. Así, respecto al derecho a la salud, en la Observación General N° 14 (2000), párrafo 43 a 45; al derecho al agua, en la Observación General N° 15 (2002), párrafos 37 y 38; al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor, en la Observación General N° 17 (2005), párrafos 39 a 40; derecho al trabajo, Observación General N° 18 (2005), párrafo 31; al derecho a la seguridad social, Observación General N° 19 (2008), párrafos 59 a 61; derecho al trabajo, Observación General N° 18 (2005), párrafo 31.

²⁹⁰Observación General N° 14 (2000), párr. 47. En igual sentido, ver la Observación General N° 15 (2002), párrafo 40.

Empero, es preciso afirmar que no es posible aceptar la regresión del contenido mínimo de un derecho, habida cuenta que en ese supuesto el instrumento, y particularmente su régimen sustantivo, pierde su razón de ser y se desvanece el objeto y fin para el cual fue concebido, esto es el respeto y garantía de todos y cada uno de los derechos consagrados. Es más, resultaría paradójico que los Estados partes acepten obligaciones básicas de garantizar contenidos mínimos de los derechos sociales y luego argumentar en contra de ellas, porque de esta manera estarían incumpliendo imperativos primarios que protegen la dignidad mínima esencial de un ser humano, los cuales deben tornarse irreversibles.

Así las cosas, si la medida regresiva toca o afecta el contenido mínimo de un derecho social, ello constituiría *per se* una transgresión al instrumento internacional y no solo una simple presunción de violación del tratado. En ese orden de ideas, existe un límite objetivo en relación con la conducta del Estado, en doble vía: Por un lado, no puede limitar o tomar una medida regresiva que vaya en contravía de ese básico o mínimo irrestringible (acción contraria a derecho), y, por otro, no puede ser pasivo al grado de vaciar el contenido del derecho (omisión contraria a derecho). En este sentido, el Comité ha señalado con claridad que los Estados partes no pueden justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas, las cuales no son susceptibles de suspenderse por ser inderogables²⁹¹.

En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, existen razones a favor de la imposibilidad de reversar los logros mínimos que se han alcanzado en un determinado derecho social. Por ejemplo, es inadmisibles que un Estado pretenda justificar acciones regresivas que afecten el respeto y garantía de la educación básica primaria, pues ello conllevaría no solo a comprometer un grado de formación esencial que les permite a las personas vivir en sociedad, sino también a truncar el proyecto de vida de

²⁹¹Observación General N° 14 (2000), párrafos 43 y 48 y Observación General N° 15 (2002), párrafo 37 y 40.

las mismas y, en últimas, de la sociedad. De igual manera, no es posible aceptar que un Estado se declare incapaz de brindar a sus asociados un nivel de atención básica en salud que garantice una subsistencia digna, pues con ello podría en peligro la existencia misma del titular del derecho. El aparato estatal está dotado del poder y de los instrumentos legales para evitarlo.

Por otro lado, tanto los Principios de Limburgo²⁹², las Directrices de Maastricht²⁹³, como la Declaración de Quito²⁹⁴, coinciden en reconocer la existencia de un núcleo duro, básico y esencial de los derechos sociales, al margen de las limitaciones económicas y de la discrecionalidad progresiva, por lo cual no es jurídicamente posible restringir, limitar o retroceder en el estándar de protección y garantía de lo que se ha definido como el mínimo esencial de los derechos.

2.2.4. Obligación internacional del Estado de adoptar medidas: el deber de legislar

²⁹² Principio No. 25: “Se obliga a los Estados partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”.

²⁹³ Directrices de Maastricht, párrafo 9: “Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.” Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad”.

²⁹⁴ Declaración de Quito, Sección IV, 29, c: “La obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos: el Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos. Esta obligación rige aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga.”

Respecto al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, prescribe:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la **adopción de medidas legislativas**, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”²⁹⁵. (Se destaca)

La obligación internacional de adoptar medidas de diferente índole es en esencia un deber de medio, progresivo y de efecto mediato, por cuanto al Estado en cabeza de todas las ramas del poder público, en especial del legislador, tiene la facultad de escoger soberana y democrática los medios idóneos que permitan desarrollar los derechos sociales, según las condiciones fácticas (económicas, sociales y culturales) y jurídicas imperantes.

No obstante, el ejercicio de esa discrecionalidad instrumental tiene un límite temporal, consistente en el imperativo de no postergar indefinidamente el desarrollo de los derechos sociales, pues de ser así el Estado podría minar la vigencia plena de los derechos humanos, en el nivel internacional e interno, contraviniendo de manera impune las disposiciones jurídicas que lo rigen.

Al respecto, si bien es cierto los derechos sociales son, en general, de cumplimiento progresivo, este carácter no legitima la omisión de adopción de medidas de distinto índole en torno a su eficacia. De esa manera, el Comité²⁹⁶ ha señalado que adquirir una obligación en relación a un

²⁹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2-1. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (10/12/15).

²⁹⁶ Observación General N° 3 (1990), párrafos 2 a 7.

derecho implica que los Estados dentro de un plazo razonable deben adoptar medidas idóneas y concretas para que los derechos sociales sean una realidad tangible. Así, los Estados deben emplear diferentes mecanismos en su orden interno, tales como las políticas públicas, la adopción de recursos judiciales y, principalmente, medidas de orden legislativo pues estas son las que revisten mayor legitimidad democrática.

Es oportuno señalar que la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 2°) prescribe que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.²⁹⁷ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia ha dilucidado el contenido de la anterior obligación en dos vías²⁹⁸. En primer lugar, conlleva la derogación de normas y la eliminación de prácticas de cualquier tipo que permitan la transgresión a los derechos previstos en el tratado y, en segundo lugar, la producción de normas y el desarrollo de políticas públicas conducentes a la efectiva observancia de dichos derechos. Dicho tribunal ha precisado que un Estado es responsable por las violaciones a los derechos que hayan sido provocadas por la ausencia de adopción de medidas eficientes en el ámbito ejecutivo, legislativo y judicial.

En relación con lo anterior, cabe indagar ¿qué sucede si el Estado no garantiza los contenidos mínimos esenciales de los derechos sociales?, ¿se violaría la obligación de adoptar medidas legislativas y de contera el principio de progresividad? Al respecto, es preciso reiterar que la

²⁹⁷ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 4, párrafo 166.

²⁹⁸ Corte IDH, caso de la masacre de Mapiripán, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C N° 134, párrafo 109; Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C N° 119, párrafo 219; Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C N° 112, párrafo 206 y Corte IDH, caso Cinco Pensionistas, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párrafo 165.

obligación de garantizar los contenidos básicos de los derechos es una obligación positiva, de hacer y de cumplimiento inmediato, habida cuenta que su inobservancia conlleva a que los derechos fundamentales que requieren desarrollo legislativo no adquieran eficacia y, en la práctica, se conviertan en directrices político-programáticas sin fuerza vinculante. Por esta razón, el Comité se ha esforzado en identificar y determinar obligaciones básicas para los Estados con el carácter de inderogables, como sucede precisamente con sus observaciones N° 14 y siguientes²⁹⁹. En consecuencia, se trata de un fenómeno de inactividad legislativa que debe ser superado.

En síntesis, las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos sociales pueden esquematizarse de la siguiente manera:

Obligación	Naturaleza	Contenido
Respeto	Negativa, inmediata y de resultado	Abstención de obstaculizar el goce del derecho
Garantía	Positiva	Acciones positivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar
Cumplimiento	Positiva, progresiva y de medio	Adopción de medidas legislativas, judiciales y ejecutivas para desarrollar los derechos
Protección	Positiva, progresiva (en principio), de medio y de efecto mediato	Otorgar garantías de índole legislativo, ejecutivo y judicial para tutelar los

²⁹⁹ Cfr. Observación General N° 14 (2000), párrafos 43 y 48 y Observación General N° 15 (2002), párrafo 37 y 40.

		derechos
Progresividad	Positiva y negativa	Mejorar paulatinamente el disfrute del derecho. Abstenerse de tomar medidas regresivas.
Desarrollo del contenido esencial	Positiva, de cumplimiento mediato, de resultado	Solventar mínimos esenciales en el goce del derecho
No discriminación	Negativa, de resultado, de cumplimiento inmediato	Acceso a los derechos sociales sin diferenciaciones injustificadas

3. RELACIÓN INESCINDIBLE ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS SOCIALES

La relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional es estrecha y se concreta en las importantes definiciones que inexorablemente debe hacer una Constitución en relación al derecho internacional, y más concretamente, al derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, debe la Constitución determinar a través de sus normas los procedimientos técnicos de recepción del derecho internacional al derecho interno (normas de reenvío); en segundo lugar, definir el rango que ocupan las normas internacionales en el sistema de fuentes del Estado (jerarquía en el sistema de fuentes); y tercero, vincular a todos los poderes públicos a la aplicación del derecho internacional en el sistema jurídico interno³⁰⁰.

³⁰⁰ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José, *El derecho internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2009, p. 275.

Los procedimientos técnicos de recepción del derecho internacional al derecho nacional, se refieren, principalmente, a cómo el sistema jurídico interno le da apertura al ordenamiento jurídico internacional, especialmente a través de cláusulas de reenvío o de remisión al *ius gentium*. Según Uprimny, existen cinco técnicas de reenvío, “que es posible clasificar, desde las más cerradas y jurídicamente seguras, hasta las más abiertas y complejas, así:

1) La remisión a textos cerrados y definidos. Es el caso, por ejemplo, cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan expresamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

2) El reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres; Esta técnica se presenta en el caso del Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque de constitucionalidad por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958), la cual a su vez remite “a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, toda vez que no se determina taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios.

3) La remisión a textos por desarrollar, sucede, por ejemplo, con la Constitución española que se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados.

4) Las remisiones abiertas a valores y principios: es el caso de la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la Constitución estadounidense.

5) “La remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la

integración del bloque de constitucionalidad se confunden con los problemas de interpretación.”³⁰¹

Respecto al grado de jerarquía del derecho internacional en el derecho interno, es preciso señalar, desde el punto de vista histórico, que con posterioridad a la segunda guerra mundial se consolidó el concepto según el cual el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno. En efecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, estableció que el Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado“. Es importante anotar que dicha prevalencia limita de alguna manera la soberanía del Estado, empero no afecta el principio de supremacía constitucional, ya que son las propias normas constitucionales las que definen el rango normativo del derecho internacional al interior del Estado. Así las cosas, es la Constitución de cada Estado la llamada a definir si las normas del derecho internacional son prevalentes o no en su sistema de fuentes, es decir, si las disposiciones internacionales gozan de rango supraconstitucional, constitucional, supra legal o legal. No obstante, es preciso destacar “que el derecho internacional de los derechos humanos tiene cierta primacía, ya que contiene un mínimo garantista, y al mismo tiempo este derecho puede ser fuente inmediata del derecho en lo interno del Estado. La violación de este estándar mínimo acarrea responsabilidad internacional para el Estado, la cual se puede declarar por las cortes de derechos humanos.”³⁰²

Por su parte, el grado de vinculatoriedad del derecho internacional en el derecho interno, dependió históricamente de la voluntad política del

³⁰¹ UPRIMNY, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en Daniel O’Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp.), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, volumen I, Oficina Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, p. 112 y ss.

³⁰² BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006, p. 61.

Estado de cumplir sus disposiciones, lo cual se explicaba en la exacerbación del significado de la soberanía nacional en el discurso del Estado-nación y, principalmente, en la filosofía del Estado legislativo de derecho. Sin embargo, con la eclosión del Estado constitucional la recepción del derecho internacional en las nuevas constituciones es cada vez más vigorosa, existe un concepto más jurídico, coercitivo y vinculante, ya que sus disposiciones son imperativas, debido a que las mismas normas constitucionales les otorgan un grado de jerarquía en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, hoy con el fenómeno de internacionalización del derecho constitucional, como corolario del proceso de globalización del derecho, las normas de *ius gentium* tienden a incidir de manera directa en el actuar de los poderes públicos del Estado constitucional. De esta manera “considerar al derecho como un fenómeno esencialmente estatal, como un conjunto de normas establecidas por las autoridades del Estado, resulta cada vez más insatisfactorio aunque, por otro lado, esa visión puede ser básicamente acertada en relación con algún sector del derecho, como el derecho penal”³⁰³.

Una característica de los Estados constitucionales contemporáneos es la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos que consagran derechos sociales. Ello conlleva varios efectos a destacar: 1) Que a partir de los derechos sociales se impone un importante cúmulo de obligaciones jurídico internacionales que el Estado debe cumplir, no solo por la posible responsabilidad internacional que acarrearía su infracción, sino porque sus mismas autoridades internas velan por el cumplimiento de estos deberes autoimpuestos; 2) Los derechos sociales entran a formar parte esencial del ordenamiento jurídico interno, pues gozan de una jerarquía normativa asignada por el derecho constitucional en el derecho doméstico; esto conlleva a que los jueces y, en general todos los poderes públicos están llamados a interpretar y aplicar los

³⁰³ ATIENZA, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en *El Canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010 p. 584.

derechos sociales consagrados en los tratados internacionales ratificados por el Estado; y, 3) Los derechos sociales consagrados internacionalmente, constituyen estándares para el estudio de la constitucionalidad de la acción u omisión del legislador y como argumentos de peso para la resolución de casos concretos y problemas públicos en el ámbito de la decisión política.

TÍTULO III: LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS SOCIALES

En el constitucionalismo contemporáneo la vinculación de los derechos fundamentales a los poderes públicos es un tema esencial para la plena vigencia de la Constitución y de la democracia. Por un lado, es un reto cardinal del derecho constitucional en términos de validez, de justicia material y, especialmente, de eficacia. Y, por otro, es un requisito necesario para que la democracia no se ahogue en los formalismos tradicionales de los procedimientos regidos por el principio instrumental de las mayorías, sino que fluya hacia una democracia material, hacia una democracia social, regida por la plena vigencia de los derechos fundamentales sustraídos, como límites negativos y desarrollos positivos, a las decisiones y no decisiones de las contingentes mayorías.

Los derechos fundamentales como derechos constitucionales tienen una relevancia normativa supralegal y, por consiguiente, al constituir la parte dogmática de aquel “dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”³⁰⁴, es necesario que estén determinados para limitar y vincular a los poderes públicos constituidos de la manera más clara posible; la teleología y praxis constitucional lo exige.

Empero, el problema radica en que las normas de derecho fundamental - precisamente por tener rango constitucional- tienen una alta densidad y

³⁰⁴LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., Ariel, Barcelona, 1983, p. 149.

abstracción normativa. En efecto, en muchos casos, no se encuentra claramente definido el contenido vinculante de las posiciones jurídicas iusfundamentales. Este fenómeno se explica porque los derechos fundamentales se consagran en normas de principio y, por ende, son “mandatos de optimización”, pero no posiciones jurídicas definitivas con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas perfectamente definidas (a diferencia de las reglas). Al parecer se trataría de un problema exclusivo de dogmática jurídica normativa, sin embargo, principalmente, es un problema jurídico-político que puede ser resuelto a través de la construcción de garantías jurídicas eficaces, de una hermenéutica razonable y, en últimas, de voluntad política.

Ahora bien, la abstracción de las normas de derecho fundamental se disminuye con la regulación legislativa, ya que la labor de la ley se centra, específicamente, en convertir esas posiciones jurídicas *prima facie* (principios) en posiciones jurídicas definitivas (reglas). En términos normativos, el legislador concretiza los principios en reglas. Pero, ¿qué sucede cuando ello no acontece y el legislador omite esa función esencial democrática y, a su vez, ese mandato constitucional?, ¿cómo, entonces, se determinaría el contenido vinculante de los derechos fundamentales?, ¿no tendrían las posiciones jurídicas iusfundamentales forma definitiva? Estos interrogantes serán abordados a lo largo de este título.

El papel del juez, particularmente del tribunal constitucional, en estos problemas es determinante, ya que en ejercicio de sus competencias puede deducir reglas de las normas de derecho fundamental en el estudio abstracto de constitucionalidad o en casos concretos, máxime cuando las normas iusfundamentales tienen eficacia directa. Pero, esa actuación del juez debe ser limitada y lo más razonable posible, por cuanto subsiste el peligro de la vulneración del principio democrático. No obstante, es aquí cuando el principio de proporcionalidad y, en concreto, la ponderación se instituyen como mecanismos de gran importancia para la deducción

judicial de reglas. Empero, muchas veces el juez y el legislador tienen claro que existen posiciones definitivas, como por ejemplo, cuando la norma de *habeas corpus* dispone de determinado tiempo para decidir sobre la libertad o cuando la norma constitucional prescribe que la educación escolar es obligatoria. Ahí, la libre configuración del legislador y las facultades del juez se ven reducidas, debido a que ya la norma constitucional define un contenido vinculante *per se*, en otras palabras, se trata de un contenido esencial impuesto por el constituyente a los poderes constituidos o adscrito de manera interpretativa. Alexy reconoce claramente este fenómeno al afirmar, por ejemplo, que “el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante”³⁰⁵.

Estos problemas se vuelven más complejos en materia de derechos sociales, debido a que existe la errónea percepción de que sus contenidos son de carácter programático y su desarrollo, vinculancia y obligatoriedad depende exclusivamente de la libre configuración legislativa. El constitucionalismo contemporáneo ha avanzado y existe una clara tendencia a estimar que los derechos sociales se erigen en posiciones jurídicas iusfundamentales, de igual grado de importancia que los derechos civiles y políticos. Negar su fuerza y vinculancia normativa es lo mismo que negar fuerza jurídica a la Constitución. Empero, como lo afirma Prieto Sanchís, “[s]i no queremos seguir ese camino nos encontramos, con un grave obstáculo y es que la Constitución no nos proporciona orientación alguna para decidir debajo de qué umbral de satisfacción hemos de considerar vulnerados dichos mandatos constitucionales”³⁰⁶.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han formulado diferentes teorías en orden a construir un criterio racional que vincule a los

³⁰⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 445.

³⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho procesal constitucional en América y Europa*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 157.

poderes públicos, con el propósito que los derechos fundamentales, y especialmente los sociales, no queden solo en un plano de formulación, positivización y/o validez constitucional (a pesar que estos logros son de por sí un avance del derecho constitucional, máxime cuando se trata de normas de eficacia directa), sino que trasciendan al mundo real, esto es, que sean eficaces para lograr un orden justo constitucional.

Es importante señalar que toda teoría estructural de vinculación tiene un fundamento o un sustrato material o axiológico y, por consiguiente, está imbuida de alguna ideología particular dependiendo el modelo de Estado. La que propone el presente estudio es una teoría estructural heterogénea, la cual recoge los principios de contenido esencial del derecho y proporcionalidad para armonizarlos, en orden a construir un criterio racional en el marco de un Estado constitucional democrático. Esa armonización, *prima facie* inconciliable, es posible, por cuanto “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”³⁰⁷.

En desarrollo de lo anterior, el presente título tiene dos objetivos centrales: el primero, una descripción y análisis crítico de las diferentes teorías doctrinales que determinan los criterios estructurales de vinculación, que tienen las normas de derecho fundamental en relación con los poderes públicos, con el fin de evaluar y aportar a la edificación de un criterio racional y definitorio del contenido de los derechos fundamentales, en aras de lograr su vinculatoriedad o imperativa observancia por parte de los jueces, el ejecutivo y, especialmente, el legislativo (capítulo I). El segundo

³⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 14.

objetivo, es determinar un criterio estructural más racional y menos arbitrario para que el legislador y, en general, todos los poderes públicos respeten, garanticen y desarrollen los derechos sociales fundamentales. No obstante, es importante señalar que esa imperatividad de los derechos en estudio tiene que forjarse a la luz del acatamiento estricto y plena armonía de los principios de supremacía constitucional y democrático (capítulo II).

Para tal efecto, a partir del estudio de las diferentes teorías que analizan la vinculación de los derechos fundamentales hacia el legislador y a través de un análisis sistemático de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales -especialmente del derecho constitucional colombiano-, se formulará una propuesta dogmática de la teoría más idónea para vincular a los poderes públicos -con especial referencia al legislador- al respeto, garantía y desarrollo de los derechos fundamentales, en general, y de los derechos sociales, en particular.

CAPÍTULO I: CRITERIOS ESTRUCTURALES DE VINCULACIÓN

Los derechos fundamentales, en general, y los derechos sociales, en particular, consagrados por las disposiciones constitucionales ponen a cargo del Estado obligaciones negativas y positivas con el fin de responder a una serie de imperativos éticos y necesidades fundamentales de la vida humana. Dichas obligaciones en un Estado social de derecho han sido asumidas a partir de diversas reflexiones sobre cómo entender lo que determina el fundamento de los límites de los derechos que hacen parte del orden constitucional. La lógica subyacente a la elaboración de un criterio de vinculación, es determinar de la manera más objetiva y razonable qué normas y qué posiciones iusfundamentales resultan de imperativa observancia para los poderes públicos, en particular para el legislativo, pues este poder, es el primer llamado a respetar y garantizar los derechos fundamentales en el Estado constitucional a través de la

decisión democrática gestada en el ámbito de la discusión pública y política.

En consecuencia, es necesario precisar cuál es el criterio estructural vinculante para los poderes públicos, y especialmente para el legislador, que permita objetivamente identificar los límites y contenidos vinculantes de los derechos fundamentales, en general, y los derechos sociales, en particular. Esta cuestión ha intentado ser respondida a partir de diferentes perspectivas académicas, como las teorías del contenido esencial, según las cuales en una norma iusfundamental es posible identificar una variedad de grados en el contenido material del derecho, a saber: un contenido esencial y, por contraposición lógica, un contenido no esencial.

Al menos, en cuatro constituciones contemporáneas de Europa la tesis de la existencia del contenido esencial de los derechos fundamentales aparece expresamente reconocida como garantía básica. En efecto, el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, prescribe: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su *contenido esencial*”. Por su parte, la Constitución española de 1978, prescribe en el artículo 53.1 que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero, solamente podrán ser limitados por la ley, la cual “en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*”. De igual manera, el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa de 1976 prescribe en el artículo 18.2 que las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías, no pueden disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de las previsiones constitucionales³⁰⁸. Y, la Constitución húngara prohíbe la limitación de los derechos que menoscabe su significado y contenido esencial.

³⁰⁸ Según Magdalena Lorenzo la Constitución portuguesa es más avanzada en esta materia que Alemania y España, puesto que prescribe «la existencia de un contenido esencial cuya extensión y alcance no podrá la ley atenuar o disminuir», lo cual confiere mayor precisión a dicho concepto que a los textos de los países antes señalados. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 156.

Es de particular relevancia que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 52.1)³⁰⁹, al definir el alcance de los derechos garantizados, prescribe que toda limitación a los mismos no podrá vulnerar el contenido esencial y, además, deberá ser diseñada en el respecto del principio de proporcionalidad, es decir, toda restricción deberá estar plenamente justificada de conformidad al principio de proporcionalidad, así:

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el *contenido esencial* de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 52.1).

Y a nivel latinoamericano, la Constitución de Chile de 1980 prescribe en su artículo 19.26 la garantía según la cual el legislador no podrá afectar “los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su ejercicio”³¹⁰.

³⁰⁹ Fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000. Posteriormente, se le introdujo unas adaptaciones y cuya nueva versión fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. El Tratado de la Unión Europea, con las modificaciones realizadas por el “Tratado de Lisboa” (2007), confirió a la referida carta el mismo valor jurídico que el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 6°). Ver: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (enero 2012).

³¹⁰ Según Nogueira Alcalá, “[a] ello debe unirse el artículo 5 inciso 2° de la Constitución que determina que “La soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, con lo cual, el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una prohibición de regresión o expresada de manera positiva, una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales, lo que nos sitúa en la materia, en una afirmación y garantía mayor de los derechos fundamentales que los tres países (Alemania, España y Portugal) antes mencionados.” NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Ius et Praxis*, N° 2, 2005. Igualmente, en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2255406> (enero 2012). entre otros.

Estas disposiciones han tenido amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal, especialmente en Alemania y España y han concitado amplias y complejas interpretaciones³¹¹. No obstante, se encuentran lejos de ser pacíficas.

Y surge una pregunta pertinente: ¿en Estados donde no está constitucionalizado el principio de contenido esencial, puede ser aplicable en su jurisdicción interna con el propósito de delimitar el contenido de los derechos fundamentales?

Es el caso de Colombia, por ejemplo, que a pesar de no estar expresamente consagrado en el orden constitucional el principio de contenido esencial, ello no ha sido óbice para que por vía de interpretación y, más específicamente, a través de la jurisprudencia constitucional se defina un contenido esencial de los derechos fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional ha adscrito interpretativamente esta teoría a través de lo que ha denominado “teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales”³¹², según la cual existen “una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador.”³¹³ En otras palabras, es el “el mínimo de contenido

³¹¹ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; ; HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit.; PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *REDC*, N° 3, 1981, p. 176 y ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994; ROLLA, Giancarlo, “Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, tomo I, cit., p. 214 y 215., entre otros.

³¹² Sentencias T-028 de 1996, C-620 de 2001, C-142 de 2001 C-489 de 2002, C-994 de 2004 y T-360 de 2005.

³¹³ Sentencia C-756 de 2008.

que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas.”³¹⁴ De esa manera, en sentido negativo, el núcleo esencial es “aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”³¹⁵; es decir, se trata del contenido del derecho que no permite restricción alguna, so pena de desnaturalizarlo³¹⁶.

Por consiguiente, frente a la potestad del legislador de regular e, incluso, restringir derechos fundamentales, el núcleo esencial se erige en un límite infranqueable. En consecuencia, si una regulación legislativa violenta la proporcionalidad de la restricción de una disposición iusfundamental y afecta el núcleo esencial, debe ser eliminada del ordenamiento jurídico por resultar inconstitucional.

En materia de derechos sociales, es necesario señalar que tanto el derecho internacional³¹⁷, a través de la obligaciones aceptadas por los Estados partes de diferentes tratados, como el derecho constitucional a través de cláusulas expresas y/o cláusulas adscritas a través de la interpretación judicial (como en el caso colombiano), imponen el insoslayable deber de garantizar los contenidos esenciales de los derechos sociales. Dichos contenidos esenciales, obran como límites que

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ A criterio de la corte, la teoría del núcleo esencial explica el por qué el constituyente exigió que la regulación del núcleo esencial de los derechos fundamentales esté sometida a la reserva de ley estatutaria. Sentencia C-994 de 2004.

³¹⁶ Según la corte, hacen parte del núcleo esencial: i) “Las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría”. ii) “Las atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable.” Sentencia C – 756 de 2008.

³¹⁷ El Comité DESC señaló en su Observación General No. 3 que “los Estados partes tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto” (al respecto ver capítulo II).

deben ser necesariamente impuestos por un poder diferente al legislativo, ya que si él los fijase se estaría auto limitando lo que parece improbable, pues es el legislador no puede ser juez y parte en la elaboración de sus propios límites, pues “la tarea de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió ese acto, pues es probable que tal institución no sea objetiva al evaluar su propia conducta”³¹⁸

En similar sentido, Alexy señala que lo que se trata es de delimitar el margen de decisión de las mayorías parlamentarias y que es propio de los derechos fundamentales el que pueda haber desacuerdo sobre sus contenidos. “Si se considera que no es imposible decidir este desacuerdo con argumentos racionales y, si no se quiere que la mayoría parlamentaria decida ella misma sobre su propio margen de acción -lo que vulneraría la máxima de que nadie puede ser juez de en su propia causa- queda entonces solo la vía de dejar que el Tribunal Constitucional decida”³¹⁹

De tal manera, ningún derecho fundamental puede quedar totalmente desprovisto de contenido ni sometido totalmente al libre albedrío de la voluntad política contingente. Si bien es cierto, el legislador puede intervenir a un derecho fundamental y determinar su contenido, debe respetar su rasgo normativo esencial que inexorablemente lo vincula y, sobre todo, limita. Lo que queda al final, siguiendo a Pisarello es que “sin el respeto de ese contenido básico el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, al cabo, irreconocible o impracticable”³²⁰

³¹⁸ SAGER, Lawrence G. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 91.

³¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 375.

³²⁰ PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* Trotta, Madrid, 2007, p. 85. Por su parte, Parejo comento que “la garantía del contenido esencial está dirigida precisamente a preservar para los derechos fundamentales una concreta e irreductible posición última en ese proceso de determinación del derecho, de modo que en él el juego de acomodo de los bienes en

Pero, surgen unas preguntas obvias: ¿cómo identificar el núcleo esencial para determinar los límites que le impone un derecho fundamental al legislador?, ¿cómo concretizar el principio del contenido esencial, toda vez que se trata de un concepto jurídico indeterminado?

Al respecto, en la doctrina y en la jurisprudencia se han esgrimido unas teorías que tienden a explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales, así: teoría espacial absoluta, teoría espacial relativa, teoría mixta y teoría temporal absoluta³²¹. Esta ramificación está gobernada por dos subclasificaciones principales: *i)* la distinción entre teorías absolutas y relativas y *ii)* la diferencia entre las teorías temporales y espaciales. Al parecer dichos criterios se mueven entre el carácter flexible y dúctil de principio de proporcionalidad y el carácter rígido del contenido esencial. Por otro lado, se encuentra la teoría interna de los derechos fundamentales, la cual *groso modo* sostiene que “todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida”.³²² Se le ha dado el nombre de teoría interna, porque parte de la idea que cualquier restricción, intervención o límite a un derecho fundamental no proviene del exterior del derecho, sino de su interior.

presencia, y consecuentemente, de precisión de límites encuentra en todo caso, a su vez, un límite final, el del contenido esencial de tales derechos fundamentales” PAREJO, Luciano, *op. cit.*, pp. 175-176.

³²¹ Se sigue la descripción lúcida de Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 401 y ss.

³²² *Idem*, p. 444.

1. TEORÍA ESPACIAL ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TEA)³²³

La TEA concibe que el conjunto de todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a cada disposición iusfundamental, se divide en dos subconjuntos, similar al modelo de una estructura atómica: *i)* el núcleo o la superficie indisponible para el legislador, y *ii)* lo accidental, conformado por un perímetro o margen periférico susceptible de ser alterado, incluso totalmente, en virtud de la libre configuración legislativa que ostenta el legislador.

Tanto la superficie conformada por el núcleo como la periferia forman parte del contenido substancial del derecho. Sin embargo, los componentes de la substancia varían según la superficie de aplicación. Se considera que el núcleo esencial puede ser definido en abstracto, con independencia de las condiciones históricas o fácticas, y constituye un área irreductible e indisponible por el legislador; si se interviniera incluso con razones notablemente justificadas se correría el riesgo de vaciar la substancia del derecho; de allí, que se considere que “el núcleo es aquel mínimo que siempre debe permanecer en el derecho, antes y después, y siempre por encima de las intervenciones legislativas”³²⁴. Al lado del núcleo, se encuentra el margen periférico, espacio donde el legislador puede libremente ejercer la competencia democrática de desarrollar las disposiciones constitucionales a la luz del principio de libre configuración que les asiste a las mayorías parlamentarias. Es decir, el núcleo es un espacio jurídico limitado, mientras que la periferia es un lugar expuesto a la contingencia política, sin límites.

³²³ Para profundizar en estas teorías ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *cit.*, p. 169 y ss.; MARTINEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 19 y ss.

³²⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 407.

Según Parejo, “existe un límite definitorio de la sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado”³²⁵. Ese núcleo sería la última trinchera de protección “del reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque solo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”³²⁶, o en tal sentido, el conjunto de “características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición determinaría *per se* una transmutación de éste, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto”³²⁷.

En similar sentido, Lucas Verdú afirma que el contenido y el núcleo esencial del derecho “circunscriben el intervencionismo legislativo en los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado”³²⁸.

Por su parte, la zona periférica tiene una caracterización distinta de sus componentes otorgada al legislador, susceptible de ser restringida por este último, es decir, se encuentra a entera disposición de la libre configuración parlamentaria.

Entre las críticas contra esta teoría se encuentran aquellas que resaltan “un efecto perverso” que termina por menoscabar la libertad legislativa de configuración de la Constitución; ya que el juez constitucional tendría el poder absoluto de determinar el contenido nuclear del derecho fundamental, en detrimento del principio democrático y, en consecuencia, se suscitaría una maximización extrema del principio de supremacía constitucional. Al sustraer el contenido del núcleo de la técnica de la ponderación, los trazos hechos por el juez constitucional para determinar

³²⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *cit.*, 183.

³²⁶ *Ídem*, p. 180.

³²⁷ *Ídem*, p. 187.

³²⁸ LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid, 1985, p. 171.

la restricción del derecho termina siendo marcado por una tendencia subjetivista. Resaltan los críticos que esta teoría conduce a la desconstitucionalización del contenido periférico, edificando así una parte blanda del derecho fundamental³²⁹. Este hecho conduce a erigir un *soft law* de los derechos fundamentales, esto es, una zona accidental del derecho a disposición del legislador, en la que dicha zona periférica de un derecho fundamental no tendría para el legislador ningún límite de carácter vinculante. Ello es más grave aún en materia de derechos sociales, pues sobre estos derechos existe la consideración errada que su contenido está por entero reservado a la libre configuración legislativa.

Otra de las críticas fuertes alrededor de esta teoría se centra en las preguntas ¿Qué forma parte del núcleo y qué hace parte de la periferia?, ¿quién define el contenido del núcleo y la periferia y bajo qué criterios?

Según la teoría del contenido esencial el juez constitucional tiene la facultad de determinar cuál es el contenido nuclear y periférico del derecho fundamental y, por lo tanto, si en un caso concreto alguna medida legislativa resulta lesiva de aquel núcleo intangible creado por el juez constitucional, inexorablemente dicha medida deberá ser declarada inconstitucional, sin tener en cuenta la libre y democrática configuración del legislador. Así las cosas, se daría un poder excesivo y antidemocrático al juez en clara contradicción al principio de decisión mayoritaria. Máxime, cuando *prima facie* el juez constitucional no cuenta con un mecanismo racional y objetivo para determinar qué normas y posiciones hacen parte del núcleo esencial del derecho y qué no debe pertenecer a él. En suma, la teoría espacial absoluta es intuitiva³³⁰.

³²⁹ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, "La configuración de los derechos fundamentales en España", en VVAA, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. II, San José, 1998, p. 1340.

³³⁰ Según Bernal Pulido, "[s]i el Tribunal Constitucional es quien en última instancia debe decidir lo que pertenece al núcleo y a la periferia de los derechos fundamentales, y para ello está provisto de únicamente de las referencias a una supuesta intuición colectiva, sus

2. TEORÍA RELATIVA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TR)

Esta teoría debate los postulados de la TEA, al propugnar por la libertad del legislador en intervenir en cualquier zona del derecho, siempre y cuando, y si y solo si, la intervención respete el principio de proporcionalidad y, con él, lógicamente, los subprincipios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, es decir, que la intervención sea idónea y adecuada para la consecución del fin que persigue (juicio de adecuación); que la medida limitadora de derechos sea necesariamente la menos gravosa para alcanzar el fin (juicio de indispensabilidad); y, en ultimas, que la medida no sea desproporcionada al fin de la norma (juicio de estricta proporcionalidad)³³¹. De esta manera, la teoría relativa del contenido esencial coincide con el principio de proporcionalidad.

Esta teoría a pesar de pregonar por una cierta equivalencia entre el contenido esencial y la zona periférica, al ser sometidas al test de proporcionalidad, reconoce la existencia de un núcleo y de una periferia. La metodología para identificar estos componentes es la ponderación que se entiende como un sopesamiento de las posibilidades normativas y fácticas en orden a la expansión o contracción de los derechos en conflicto. Así, después de estudiar la proporcionalidad de una medida legislativa sobre el contenido de un derecho fundamental, es decir, luego de analizar si la medida es idónea, necesaria y estrictamente proporcional, es posible llegar finalmente a determinar el contenido vinculante de un derecho, ya que precisamente lo que busca la ponderación es "considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas"³³², para "buscar la mejor decisión (la mejor

decisiones serán incontrolables y por tanto constituirán en una amenaza de la competencia legislativa para configurar tales derechos", *cit.*, p. 410.

³³¹ Cfr. GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 98-100.

³³² PRIETO SANCHÍS, Luís, "El juicio de ponderación constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional en América y Europa*, *cit.*, Tomo I, p. 161.

sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”³³³

A diferencia de la TEA, la teoría relativa no considera el contenido esencial del derecho como una garantía o un límite absoluto ni deja al albur del legislador el contenido periférico del derecho. Lo que sucede es que en esos dos ámbitos, núcleo y periferia, puede el legislador intervenir o restringir el derecho con observancia del principio de proporcionalidad. De las consideraciones anteriores se coligen dos consecuencias lógicas: la primera, el legislador puede intervenir proporcionalmente en el contenido esencial del derecho; y la segunda, en lo atinente al contenido periférico el legislador no queda habilitado a obrar con ilimitada libertad, ya que también la medida que afecte el derecho debe ser configurada proporcionalmente. En suma, la intervención del legislador está autorizada en todo el contenido del derecho fundamental cuando quiera que esta sea proporcional, es decir, idónea, necesaria y estrictamente proporcional. Por consiguiente, el juez al revisar la constitucionalidad de la ley a través de los juicios de adecuación, indispensabilidad y estricta proporcionalidad deberá inexorablemente respetar la valoración legislativa hecha bajo la égida de la libre configuración democrática y social que le asiste al legislador, por cuanto “la ponderación del legislador desplaza a la del juez, pero sin que pueda cancelarse definitivamente en abstracto lo que sólo puede resolverse en concreto”³³⁴.

La principal objeción que se puede realizar a esta teoría es el carácter exacerbado del principio democrático en detrimento del principio de supremacía constitucional, con lo cual se estaría negando la fuerza deóntica de los derechos, en detrimento del principio de supremacía constitucional. Por otro lado, la identificación de una zona esencial no tendría sentido, por cuanto tanto núcleo como periferia están sometidos a

³³³ *Idem.*

³³⁴ *Idem*, p. 167.

la configuración proporcional de la libertad legislativa. Confiar enteramente en el principio de proporcionalidad como el mecanismo más racional para limitar el poder de configuración legislativa es insuficiente, ya que el legislador no tendría un estándar previo que le permita limitarse ante posibles abusos. Por ejemplo, es indudable que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar el derecho social a la educación, y como mínimo ofrecer a sus asociados acceso a una educación básica; pero, ¿qué sucedería si el legislador aduce que debido a una situación deficitaria el Estado tendría que dejar de garantizar ese contenido básico del derecho?, ¿sería posible aceptar que se trata de una medida proporcional debido a dicha justificación?

El juicio de proporcionalidad ha sido objeto de varias críticas, entre las más importantes es la no objetividad de la ponderación, por cuanto es un proceso de valoración que no está depurado totalmente de discrecionalidad y, por ende, es una apreciación subjetiva de sopesación, por un lado, sobre los principios y valores que entran en colisión y, por otro, sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del medio para la consecución de un fin. Habermas sostiene que el hecho que los derechos fundamentales -bien sea como principios o valores- sean ponderados, transforma a la judicatura en negociadores de valores en una “instancia autoritaria” que penetra las competencias del legislador democrático y, por tal razón, “aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”³³⁵. Para Guastini, la ponderación es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, habida cuenta que la jerarquización de principios que colisionan es el resultado de juicios de valor de naturaleza

³³⁵ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, introducción y traducción M. Jiménez Redondo, 4ª edic., Trotta, Madrid, 1998, p. 332.

subjetiva³³⁶; esto conlleva a un particularismo jurídico que rige exclusivamente para el caso concreto. Así, “la ponderación implica, por parte del juez constitucional, el ejercicio de doble poder discrecional. En efecto, constituye una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los dos principios en conflicto. Así mismo, constituye una operación discrecional la modificación del valor de los dos principios a la luz de una controversia nueva y distinta que requiere solución.”³³⁷

3. TEORÍA MIXTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TM)

Esta teoría busca armonizar la dimensión irrestrictiva de la TEA con la dimensión relativa y flexible de la TR, para lo cual combina metodologías diferentes en terrenos disímiles. Desde la teoría absoluta en los derechos fundamentales se puede identificar su territorio, cuya estructura está subdividida en un núcleo esencial y en una periferia. La teoría mixta plantea que la periferia no se encuentra desvinculada jurídicamente del núcleo como lo está en la TEA, abandonada a la discrecionalidad del legislador; la afectación de los derechos fundamentales en la periferia es admisible siempre y cuando se observe el test de proporcionalidad.

De esa manera, el contenido del derecho fundamental se escinde, por un lado, en un espacio jurídico nuclear que hace parte de un ámbito vedado a la configuración política (puesto que se trata de una posición definitiva, una regla iusfundamental intocable, inderogable e inmodificable), y, por otro, en un ámbito de penumbra o periférico, un principio iusfundamental de validez *prima facie* susceptible de configuración política, si y solo si respeta el principio de proporcionalidad.

³³⁶ Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, 171. Una visión crítica del pensamiento de Guastini, ver: MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 103.

³³⁷ GUASTINI, Ricardo, “Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad”, en *Derecho procesal constitucional en América y Europa*, cit., p. 189.

La TM supera las limitaciones de la TEA, al adoptar una metodología determinante y no discrecional en la zona periférica del derecho, esto es, aplica las subreglas del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), con lo cual no se deja al albur político la fuerza jurídica de un derecho, ni mucho menos se desconstitucionaliza su contenido periférico.

Cabe advertir que la zona periférica se distingue de la nuclear, puesto que esta última no es susceptible de una intervención por parte del legislador, por cuanto el núcleo duro del derecho es irreductible. En suma, es una esfera intangible, indecidible en donde ni siquiera la proporcionalidad de la medida puede justificar su desconocimiento.

En consecuencia, la intervención legislativa en el contenido de los derechos fundamentales debe tomar en cuenta el límite interno del contenido esencial y practicar la proporcionalidad en la zona periférica del derecho, de tal suerte que “toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho”³³⁸.

En ese sentido, la teoría mixta integra los límites del contenido esencial y el principio de proporcionalidad en un sólo concepto teórico, según el cual el contenido de todo derecho fundamental se divide en dos partes: un contenido esencial, cuyas normas y posiciones valen de modo definitivo (reglas); y un contenido periférico, cuyas normas y posiciones tiene una validez *prima facie*, pero su validez definitiva puede ser desplazada por razones de mayor peso, que se deriven de otros derechos y que prevalezcan en la ponderación (principios).

³³⁸ PRIETO SANCHÍS , Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 148.

Así las cosas, el contenido esencial y el principio de proporcionalidad operan como dos límites y exigencias independientes de cara a la configuración legislativa (desarrollo o restricción), con el fin de supeditar concomitantemente la constitucionalidad de la medida; si la medida legislativa viola una de esas dos exigencias ineluctablemente será contraria a la Constitución.

Uno de los puntos a favor de esta teoría es que intenta armonizar el principio de supremacía constitucional con el principio democrático, ya que aboga en el núcleo esencial por la rigidez propia de las normas constitucionales, y por la ductilidad y flexibilidad en el contenido periférico sometido al principio de proporcionalidad.

La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia SU 642 de 1998³³⁹, ha acogido la teoría mixta del contenido esencial aplicada al derecho del libre desarrollo de la personalidad. La importancia de esta sentencia radica en que muestra claramente la escisión del derecho en una parte nuclear y en una zona de penumbra o periférica. La primera de carácter absoluto y la segunda sometida al test de proporcionalidad.

En materia de derechos sociales, la citada corte ha optado también por una teoría mixta del contenido esencial; mediante la sentencia SU 225 de 1998³⁴⁰, afirmó que los derechos prestaciones tienen una doble

³³⁹ La sentencia versa sobre el caso de una niña de cuatro años de edad que no deseaba ser sometida a un corte de cabello que, según el reglamento del jardín infantil en el cual se encuentra matriculada, era requisito de acceso y permanencia en la institución educativa. A juicio de la Corte, tal exigencia era violatoria del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la menor, porque si bien no vulneraba el núcleo esencial del derecho, su periferia no era proporcional al fin perseguido. Al respecto dijo: "(...) aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado *juicio de proporcionalidad*, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior. (...) Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad." –Se destaca–.

³⁴⁰ El caso refiere a una acción de tutela (amparo constitucional) entablada por padres de familia de bajos recursos económicos, quienes consideraron que las autoridades públicas

dimensión: en primer lugar, un núcleo esencial, no negociable en el debate democrático, que otorga los beneficios de los derechos subjetivos y, en segundo término, una zona complementaria, que es definida por el legislador atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales; en últimas, a la luz del principio de proporcionalidad más cercano al desarrollo democrático.

Una pregunta central se ha formulado a la teoría mixta: si los dos límites a la libre configuración del legislador, por un lado, el principio de contenido esencial como una garantía absoluta, intangible e inflexible, en donde sus normas y posiciones jurídicas tienen una validez definitiva (reglas), y, por otro, la garantía dúctil y flexible del principio de proporcionalidad, en donde sus normas y posiciones tienen una validez *prima facie* (principios), son compatibles o si los dos pueden ejercerse de manera concomitante. Al respecto, Bernal Pulido afirma que la teoría absoluta y relativa “son irreconciliables desde el punto de vista metodológico, se excluyen mutuamente entre sí”³⁴¹ ya que “si hay núcleo no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo”³⁴².

habían vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de sus hijos, al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen meningitis. La Corte accedió a la solicitud, aún sin la existencia de disposición legislativa que lo ordenara, para lo cual manifestó: “el juez constitucional es competente para aplicar directamente, **en ausencia de prescripción legislativa**, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta (derechos fundamentales de los niños). En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado -bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación- la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha” (Se destaca).

³⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 428.

³⁴² *Idem*, p. 432.

Frente a la crítica anterior, es preciso manifestar que esa antinomia puede ser resuelta, ya que las normas de derecho fundamental pueden contener posiciones jurídicas consolidadas y definitivas, y posiciones *prima facie*. De lo contrario, no sería posible explicar, por ejemplo, que el derecho a la educación tiene un aspecto irreductible (garantizar la educación básica escolar) y un espacio ponderable (la garantía de la educación superior). En el primer supuesto existe una regla no sujeta al principio de ponderación, por lo cual es preciso señalar que no siempre y en todos los casos los derechos fundamentales constituyen solo principios, puesto que existe la posibilidad real de construir reglas de derecho fundamental preferiblemente por la vía democrática, es decir, legislativa. Pero, si el legislador es renuente u omisivo al desarrollo de los derechos, sin lo cual no es posible su garantía y disfrute, el juez constitucional estaría obligado a actuar de manera proporcionada y racional para exhortar al legislativo a ejercer su función (juicio de constitucionalidad) o, en últimas, para crear subreglas a partir de casos concretos (juicios de amparo), ya que “en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”³⁴³. Con ello, no se lesionaría el principio democrático, sino, por el contrario, se desarrollaría, ya que uno de los presupuestos de la democracia constitucional es el respeto y garantía de los derechos fundamentales y con mayor razón de los derechos sociales, pues su conculcación por acción u omisión generan grandes obstáculos para la construcción de una democracia real. Por otro lado, esta teoría permite colocar límites ciertos al legislador, de lo contrario este gozaría de una discrecionalidad absoluta, lo cual resulta peligroso para consolidar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales y, en últimas, a la Constitución. En el Estado democrático de derecho ningún principio es absoluto y, por consiguiente, el principio democrático no debe tener la

³⁴³ALEX Y, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 456.

virtualidad de ser óbice para el pleno respeto y garantía de los derechos sociales.

La crítica más sugestiva que dirige Bernal Pulido hacia esta teoría es que al construir contenidos esenciales se podrían presentar conflictos irresolubles, que no tendrían una solución constitucional distinta a sacrificar uno de los bienes jurídicos en choque, lo cual sería inadmisibles desde la dogmática de los derechos fundamentales. En consecuencia, ¿cómo se resolvería un caso de colisión de dos contenidos esenciales de derechos sociales? La objeción es importante y sugestiva, pero habría que formularle el siguiente reparo. Resulta que determinados contenidos de derechos sociales fundamentales pueden ser estructuralmente normas que reconocen derechos subjetivos definitivos, vinculantes y de aplicación directa (normas regla)³⁴⁴, las cuales pueden ser construidas tanto por el constituyente, el legislador y el juez (subsunción). Si en determinadas circunstancias fácticas surge un conflicto entre dos reglas de derechos fundamentales, en realidad se trata de una colisión aparente que no implica necesariamente el sacrificio de un derecho en pos de la protección del otro, por lo cual se debe optar para que prevalezcan los dos, así su eficacia quede diferida en el tiempo. Lo anterior significa que en materia de derechos sociales sí es posible buscar soluciones distintas que no lleven a una situación irresoluble, a diferencia de los casos clásicos de conflicto en derechos fundamentales de libertad, como sucede con la colisión que se puede presentar entre el derecho al honor y a la intimidad de una persona pública y el derecho a la libertad de expresión y de

³⁴⁴ Al respecto Alexy expresa: "Las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental, bajo la denominación «derechos sociales fundamentales» son de un tipo muy variado. Desde el punto de vista teórico-estructural, dichas normas pueden dividirse de acuerdo a tres criterios. En primer lugar, pueden tratarse de normas que confieren derechos *subjetivos* o de normas que obligan al Estado sólo *objetivamente*. En segundo lugar, ellas pueden ser *vinculantes* o *no-vinculantes* y, en este sentido, ser enunciados programáticos. Una norma será llamada «vinculante», si es posible que su vulneración sea declarada por el Tribunal Constitucional Federal. En tercer lugar, las normas pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* o *prima facie*, es decir, pueden ser reglas o principios." ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 444 (se subraya). En sentido similar: CRUZ PARCERO, Juan Antonio, cit., p. 92.

pensamiento de un periodista que pretende dar a conocer la vida privada de dicho personaje, o el conflicto entre la protección a la vida de un *nasciturus* y la libertad de la madre a abortar por la existencia de determinadas circunstancias que podrían justificarlo. En estos casos, en principio, la protección de un derecho podría conllevar el sacrificio de otro. Lo que sucede es que en el análisis de esta problemática el referente paradigmático han sido los derechos de libertad clásicos y no los derechos sociales. En efecto, no sería posible admitir razonablemente que aún en situaciones extremas o límites la solución sea necesariamente el sacrificio de un derecho social fundamental. Por ejemplo, si ocurriera una calamidad pública como consecuencia de un fenómeno de la naturaleza o por la acción humana, que ponga en peligro la supervivencia de los asociados, como puede ser un terremoto, un accidente de graves proporciones o un conflicto armado, los cuales afecten en forma grave el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda y el derecho a la educación, lo que se impone es la protección de los mínimos existenciales en su conjunto, toda vez que de no hacerlo se pondría en gran riesgo la vida e integridad del titular del derecho; sin embargo, es razonable que el Estado priorice la protección de derechos fundamentales vitales como la salud, alimento, vivienda, y postergue en el tiempo la protección del derecho a la educación pública. Esto significa que no se anula la protección de este último derecho, sino que justificadamente se posterga su eficacia para cuando existan condiciones de hacerlo.

4. TEORÍA TEMPORAL ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL (TTA)

Esta teoría ha sido defendida principalmente por Jiménez Campo³⁴⁵, quien *grosso modo* sostiene que el criterio estructural para vincular al legislador a

³⁴⁵ JIMENEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

los derechos fundamentales gravita únicamente en torno al contenido esencial y no en relación con el principio de proporcionalidad. Este margen de acción viene señalado para legislador y, por lo tanto, éste se encuentra subordinado al reconocimiento hecho por la Constitución de los derechos fundamentales; implica que al momento de realizar la configuración legislativa, el legislador no puede soslayar ningún derecho puesto que éstos preexisten al momento de su afectación legislativa, empero, sus contenidos pueden variar con el tiempo según las condiciones fácticas, políticas y sociales.

La Constitución advierte que esta intervención sobre los derechos puede deteriorar el contenido esencial. Esta teoría se contrapone a la teoría espacial, que afirma la indisponibilidad del contenido de los derechos para el legislador, en tanto ofrece criterios temporales para la definición del contenido esencial. En efecto, esta zona irreductible es entendida como aquella parte del derecho fundamental que debe permanecer viva, a pesar de los cambios a los que son sometidos ciertos elementos por el paso del tiempo: “el contenido esencial no puede definirse en abstracto, una vez que la Constitución haya entrado en vigencia, sino dentro de cada proceso concreto de constitucionalidad, en donde será observado en retrospectiva temporal y no como un núcleo del contenido del derecho que ocupa un lugar en el espacio”³⁴⁶. El contenido esencial depende no de una definición *ex ante* y en abstracto, sino de la intervención del juez constitucional, quien lo delimita y confirma en casos concretos en donde se define si una ley restrictiva lo afecta.

Se ha criticado a esta teoría la excesiva confianza depositada en la supuesta objetividad de una “cultura jurídica” a la que hace referencia el contenido de los derechos. Además, ¿cómo puede el tribunal constitucional aplicar el contenido esencial como parámetro en el juicio de

³⁴⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, *cit.*, p. 437.

constitucionalidad y a la vez construirlo como resultado del juicio de constitucionalidad?, en otras palabras, ¿cómo es posible determinar el parámetro de constitucionalidad simultáneamente a su aplicación?³⁴⁷ Se evidencia nuevamente un excesivo poder de interpretación de la jurisdicción constitucional que puede lesionar las competencias institucionales, sobre todo, el principio democrático.

Por otro lado, ¿cómo puede estar limitado el legislador por un contenido esencial de derecho fundamental que al momento de intervenir, desarrollar, o restringir el derecho, dicho contenido no existe, ya que es el juez quien lo tiene que crear al momento del control? Si el contenido esencial muta con el tiempo y, a su vez, lo define el juez, ¿cómo puede el legislador tener seguridad jurídica de cuál es el contenido esencial que lo limita? De esta manera, esta teoría se torna ilógica, porque el contenido esencial no está definido coetáneamente al momento de desarrollo legislativo y al momento del juicio de control de constitucionalidad.

En cuanto a los aspectos positivos de esta teoría, por un lado, se resalta el ánimo de auscultar elementos de armonización entre el principio de supremacía constitucional impuesto por el contenido esencial de los derechos fundamentales con el principio democrático que le asiste a la libre configuración legislativa. Precisamente, es aquí donde reside la principal problemática, ya que parecen principios en gran tensión, pero que en una democracia constitucional están llamados a coexistir y relacionarse armónicamente. Por otro lado, esta teoría realiza un aporte importante al calificar como derecho viviente al contenido de los derechos fundamentales, ya que inexorablemente estos derechos están llamados a adaptarse a los cambios culturales, sociales y políticos, y no petrificar sus contenidos.

³⁴⁷ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial en la ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 355.

5. TEORÍA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES³⁴⁸

La teoría interna es una teoría estructural de los derechos fundamentales, que busca ofrecer respuestas en torno a qué y cuáles son los contenidos iusfundamentales vinculantes para los poderes públicos, especialmente para el legislador. Esta perspectiva teórica, a diferencia de las teorías del contenido esencial absoluta, mixta, relativa o temporal absoluta, no pretende escindir al derecho fundamental en núcleo y periferia, por cuanto sostiene, principalmente, que todo el contenido iusfundamental tiene una validez total o definitiva y que ningún contenido puede reputarse con simple validez relativa o *prima facie*. De esta manera, el legislador no puede restringir el contenido del derecho, pues todo su contenido es vinculante. Empero, ese contenido perentorio resulta estrechamente disminuido por demarcaciones provenientes desde el interior del derecho.

La teoría es interna debido a que sostiene, en lo esencial, que las intervenciones, restricciones o limitaciones al derecho, objeto del acto legislativo limitador, provienen desde el interior del contenido del derecho. Por lo tanto, los límites a las restricciones son delineados por sus mismos contenidos de manera endógena; es decir, el propio contenido iusfundamental limita internamente las intervenciones exógenas al derecho y, a su vez, esos contenidos se encuentran muy reducidos internamente. La reducción interna de los contenidos vinculantes resulta lógica, ya que sostener que todos los contenidos tienen validez definitiva, ocasionaría que los derechos fundamentales se encuentren en permanente colisión irresoluble, lo que, a la postre, terminaría restándole coherencia y sistematicidad al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, las teorías estructurales de vinculación del legislador a los derechos fundamentales a partir del núcleo esencial, presentan dos

³⁴⁸ Para su análisis en profundidad de esta posición doctrinaria y sus exponentes, ver: BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 444-488.

grandes deficiencias: la imposibilidad de ofrecer un criterio intersubjetivo sin dificultades de racionalidad en la definición del contenido esencial, y la amenaza de un “gobierno de jueces”³⁴⁹ al participar en la determinación de dicho contenido con el agravante de un déficit democrático. Por ello, las diversas versiones de la teoría del núcleo esencial quedan expuestas a diferentes críticas.

La anterior posición doctrinal sobre los riesgos que implica reconocer e identificar un núcleo y una periferia de un derecho, pone de presente la necesidad de armonizar la teoría relativa (principio de proporcionalidad) y la teoría absoluta (núcleo esencial), no obstante su rechazo en razón de su carácter *prima facie* excluyente. La dificultad de construir un criterio estructural que vincule al poder público a partir del núcleo esencial, se caracteriza por la dificultad de ofrecer un criterio intersubjetivo para diferenciar un núcleo de una periferia. Si este obstáculo logra ser desmontado, sería entonces posible diferenciar entre un núcleo esencial, última trinchera de la estructura del Estado de derecho representado en los derechos fundamentales, y una zona periférica del derecho lo cual permitiría aplicar dos metodologías en terrenos diferentes. Eso es lo que se pretende construir en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II: CONSTRUCCIÓN DEL CRITERIO HETEROGÉNEO: DIALOGO ENTRE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Uno de los factores más problemáticos en la teoría del Estado constitucional y de los derechos fundamentales es la delimitación y demarcación de los contenidos que imponen límites a los poderes públicos través de las normas iusfundamentales y, específicamente, las que

³⁴⁹ Cfr. BRONDE, Séverine, FOULQUIER, Norbert, HEUSCHLING, Luc (dirs.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001.

prescriben derechos sociales de cara a su regulación legislativa y a su eventual control de constitucionalidad. El desafío se centra en determinar de manera razonable dichos contenidos, respetando el principio democrático y el principio de supremacía constitucional; es decir, por un lado, cuál es el contenido de los derechos sociales fundamentales que limita y vincula a los poderes públicos, e incluso a los privados, y, por otro, qué contenido es dejado -atendiendo al imperativo democrático- a la libre configuración política en el marco de la regulación legislativa.

Es importante señalar que en el Estado constitucional no existen poderes absolutos o “poderes soberanos o *legibus soluti*”³⁵⁰ y, por lo tanto, todos los poderes, públicos y privados, se encuentran sometidos a límites formales y sustanciales impuestos por la democracia constitucional, máxime las potestades ejercidas por las mayorías que representan la soberanía de la nación, ya que en un Estado constitucional “la omnipotencia de la mayoría es abiertamente inconstitucional”³⁵¹.

Siguiendo a Ferrajoli, los derechos fundamentales proyectan tres esferas que rigen a las decisiones políticas, a saber: 1) la esfera de lo indecible; 2) la esfera de lo indecible que no y 3) la esfera de lo decible. La primera, hace relación a los derechos de libertad que imposibilitan, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan transgredirlos o menguarlos; la segunda, a los derechos sociales, ya que, en cuanto a expectativas positivas, insoslayablemente deben ser satisfechas; y, la tercera, relacionada a la autonomía en cuyo ámbito es procedente el ejercicio, por un lado, de la autonomía política a través de la

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho e della democracia*, 3 Vols, Bari, Laterza, 2007, citado por Luis Prieto Sanchís “Principia iuris: una teoría del derecho (neo) constitucionalista para el Estado constitucional”, en M. Carbonell y L. García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 277.

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, “La democracia constitucional”, en *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2008, p. 26.

representación y, por otro, de la autonomía privada por medio de las reglas del mercado.

Dicho autor conserva la dicotomía derechos libertades-obligaciones negativas, derechos sociales-obligaciones positivas. Por lo tanto, colige las esferas de lo indecible, lo indecible que no y lo decible, dependiendo de las obligaciones positivas o negativas que emanan de cada derecho. Empero, es preciso criticar la construcción de esas esferas, ya que cualquier derecho fundamental (de libertad o social) proyecta tanto obligaciones positivas y negativas, regido por su contenido esencial y periférico, configurándose lo que más adelante se propone denominar como contenido heterogéneo de los derechos fundamentales.

Es preciso afirmar que los derechos fundamentales nacieron en esencia como límites al poder público (y actualmente frente a los particulares, según la teoría del efecto horizontal³⁵²) y, por ende, su contenido es primordialmente una contención a los poderes públicos y también a los privados, que generalmente son proclives a la arbitrariedad y al abuso del poder. Sin embargo, en el Estado constitucional democrático ese límite no solo es negativo; es también claramente positivo, cuando los derechos fundamentales constituyen fuente de obligaciones prestacionales, conductas de acción.

Ahora bien, las diferentes teorías expuestas en el capítulo anterior son un intento por lograr el objetivo de especificación de contenidos de los derechos fundamentales, en general, y, de los derechos sociales, en particular. Estos contenidos pueden diferenciarse en razón a su grado de vinculatoriedad en relación con los poderes públicos y privados en una

³⁵² Sobre el estado actual en el derecho comparado de la problemática del efecto horizontal de los derechos fundamentales o su eficacia frente a terceros (*Drittwirkung der Grundrechte*), ver: VALDÉS, Diego, "Panorama comparativo de la protección de los derechos fundamentales frente a particulares", en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 1137-1156.

sociedad democrática, a favor de los derechos de las personas. Así las cosas, se encuentran, por un lado, contenidos de imperativo cumplimiento y, por otro, contenidos librados a la discrecionalidad política.

Esta distinción tiene una especial relevancia en relación a los derechos sociales, habida cuenta que “aunque en las constituciones o en los pactos de derechos humanos se establezcan derechos sociales, todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenidos a estas categorías”³⁵³. De esa manera, el reto se centra en “la tarea de completar el paradigma del derecho social mediante el desarrollo de los elementos mínimos que deben estipularse para hablar propiamente de un derecho: definir cuál es el titular, cuál es el deudor, cuál es su alcance y cuáles son los mecanismos adecuados para su garantía”³⁵⁴. Y, es preciso agregar que para desarrollar dicho paradigma, es necesario identificar los contenidos vinculantes de la posición jurídica iusfundamental que es el objetivo de este capítulo.

Por otra parte, ninguna de esas teorías ha rebasado los retos que impone la racionalidad propia del Estado constitucional democrático, esto es, que “mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero también bastante también debe reservarse a la esfera de lo inaccesible para la mayoría.”³⁵⁵ Las teorías del contenido esencial, el principio de proporcionalidad y la teoría interna no son lo suficientemente contundentes en términos de racionalidad para vincular al desarrollo jurídico-político de los derechos sociales (desarrollo legislativo, políticas públicas y control judicial), porque ninguna de ellas logra un balance

³⁵³ COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007, p. 186.

³⁵⁴ *Idem*, p.190.

³⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, cit.*, p. 234.

equilibrado entre la vigencia del imperativo democrático y el mandato de superioridad constitucional que imponen los derechos sociales fundamentales en el Estado constitucional democrático. Lo que se busca lograr es la constitucionalización democrática de las posiciones jurídicas iusfundamentales de tipo social.

Frente a esta problemática, la presente investigación propone una teoría heterogénea, cuya fundamentación dogmática se hará con base en la siguiente metodología: En primer lugar, se busca determinar el contenido esencial de los derechos sociales a través de las siguientes fuentes jurídicas: (i) regulación normativo constitucional expresa; (ii) obligaciones que se derivan de la parte sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos (vinculantes por las normas de reenvío constitucional, es decir, a través del bloque de constitucionalidad); y, (iii) por la construcción racional de subreglas jurisprudenciales. Esto dependerá de cómo este formulado y desarrollado el derecho social en la normativa y en la hermenéutica internacional y constitucional. En segundo lugar, se explica la compatibilidad entre el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, principalmente con la adopción de una armonización entre la teoría de las normas de regla con las normas de principio, a fin de dilucidar porqué la teoría heterogénea es distinta o se aparta de la teoría mixta del contenido esencial. Y, en tercer lugar, se expone un ejemplo en relación a un derecho social con el fin de dilucidar la propuesta en un derecho concreto.

1. EL PROBLEMA DE LA IDENTIFICACIÓN Y CONCRECIÓN DE CONTENIDOS DE DERECHOS SOCIALES

El paradigma de los derechos sociales se encuentra aún inacabado. En la medida que avanza la consolidación del Estado constitucional, avanza la solidez jurídica de los derechos sociales con enormes retos y no menos dificultades en términos de identificación normativa, determinación de

contenido, construcción de garantías y goce efectivo de los mismos. Hoy el constitucionalismo contemporáneo aboga por considerar en serio su juridicidad. Ello contrasta con la consolidación histórica de los derechos patrimoniales y los derechos civiles y políticos, derechos que han logrado una relativa madurez conceptual en términos de definición de contenidos y de construcción de garantías, puesto que han copado la mayor parte de los desarrollos de la teoría del derecho, tanto desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho interno constitucional.

No obstante, es preciso recordar que “el paradigma del derecho privado, del derecho patrimonial, ha sido un proceso de cuatro o cinco siglos”³⁵⁶, mientras que el de los derechos sociales está todavía en construcción. Así las cosas, los desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales de los primeros se han centrado en definir y determinar de manera más precisa y contundente sus contenidos, lo que ha permitido su desarrollo, respeto, protección y garantía.

Contrario sensu, el proceso de los derechos sociales ha avanzado lentamente y con marcadas dificultades al desarrollo del Estado social. Pese a encontrarse consagrados en tratados internacionales y cartas constitucionales, ello solo ha permitido identificarlos y reconocerlos desde el punto de vista normativo como posiciones jurídicas iusfundamentales, pero no ha resuelto de manera plausible álgidas problemáticas en torno a la determinación de sus contenidos, mecanismos de garantía, justiciabilidad y, en últimas, su eficacia. De esa manera, los derechos sociales “han tenido un valor más bien declarativo”³⁵⁷, pues el Estado social no se ha liberado totalmente de la faceta pasiva del Estado de derecho legislativo.

³⁵⁶ COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos, cit.*, p. 189.

³⁵⁷ *Idem*, p. 185.

Por lo tanto, es necesario pensar seriamente en la clarificación o concreción de sus contenidos y en la edificación de garantías que tutelen con eficacia los derechos sociales, tal como sucede con los derechos civiles y políticos.

En este capítulo se pretende determinar el contenido de los derechos sociales de manera razonablemente satisfactoria, a través de la apelación a la teoría heterogénea de vinculación, la cual tiene dos momentos importantes. El primero, la definición del contenido esencial de los derechos sociales de manera racional, a través del reenvío a diferentes fuentes jurídicas de distinta índole y, el segundo, la aplicación del principio de proporcionalidad y, por ende, de la metodología de la ponderación a contenidos de los derechos sociales que pueden ser objeto de restricciones si, y solo si, hay una justificación relevante y no se vulnera la prohibición de no regresividad.

2. LA DETERMINACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE UN DERECHO FUNDAMENTAL: ¿JURISDICCIONAL O POLÍTICA?

Las normas de derecho fundamental son por naturaleza abstractas, generales y abiertas. Por lo tanto, tienen una indeterminación semántica que debe ser aminorada para que su interpretación y aplicación sea posible. Esa función es primordialmente de los poderes políticos y se justifica *prima facie* en el principio democrático. Empero, en el Estado constitucional contemporáneo el juez ha jugado y jugará un papel relevante en esa materia, a la luz del principio de supremacía constitucional.

Esa ambigüedad semántica ha sido esgrimida en contra de la juridificación de los derechos sociales fundamentales, al estimarse que como los derechos sociales son más indeterminados que otros derechos no resultarían justiciables. Este argumento ha sido refutado, por cuanto todos los derechos humanos fundamentales afrontan esta problemática. Ahora

bien, cuando una Constitución o un tratado de derechos humanos prescribe que toda persona tiene derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, surge el interrogante sobre cuáles son las obligaciones concretas que emanan de ese derecho, cuáles son los sujetos obligados y, lo más importante, cuáles de sus contenidos deben ser sustraídos a los efectos de las decisiones del poder político y del mercado, y cuáles deben ser dejados a su discrecionalidad.

Esa indeterminación normativa, la cual varía en la regulación de cada derecho, es una característica intrínseca a las normas de derecho fundamental, tanto de los derechos sociales como de los derechos civiles y políticos. Por lo tanto, el Estado a través de sus poderes públicos debe especificar sus contenidos y límites por medio de diferentes mecanismos, entre otros, “la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica”³⁵⁸. Empero, la abstracción normativa de los derechos sociales no puede justificar bajo ninguna égida la tutela debilitada o la justiciabilidad precaria de los mismos.

El problema se vuelve más complejo si se trata de identificar un contenido esencial o básico y uno periférico o accidental, ya que se enfrenta un trazado gris, un límite movedizo y complejo entre la justicia y la política³⁵⁹. Como en la mayoría de los casos dicho límite no se puede colegir

³⁵⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, R. Gargarella (coord.), Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 988.

³⁵⁹ Según Pisarello, “[l]a frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre la justicia y política, entre jueces y legisladores.” PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 85.

directamente de la norma, se afronta en esencia un problema hermenéutico³⁶⁰.

Esa concreción de contenidos vinculantes de los derechos fundamentales pasa por dos sub-problemas de relevancia constitucional: El primero, la definición de la competencia frente al principio de división de poderes, esto es, ¿quién es el órgano habilitado en el Estado constitucional para definir ese contenido? y, el segundo, una cuestión técnica o procedimental: ¿cuál es la metodología racionalmente aceptable para definirlo? Estos cuestionamientos se abordan a continuación.

2. LA COMPETENCIA PARA DEFINIR EL CONTENIDO ESENCIAL

Una de las objeciones más importantes en contra de los derechos sociales y su contenido esencial³⁶¹, es el supuesto peligro de trasladar las competencias de los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) hacia el poder judicial en la tarea de definirlos, lo cual podría conducir a que el diseño y construcción de la política social sea un resultado antidemocrático, ya que el estamento judicial carece de legitimación democrática y técnica para la distribución de recursos escasos en el marco de una sociedad pluralista, basada en la justicia distributiva³⁶².

³⁶⁰ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 345.

³⁶¹ Según Alexy, contra los derechos sociales fundamentales se esgrimen dos objeciones complejas: Una de tipo formal y otra material. La objeción formal señala que “si los derechos sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento hasta la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una vulneración de la cláusula de vinculación a la Constitución”. La objeción material “aduce que estos derechos son inconciliables con ciertas normas constitucionales materiales o, al menos, entran en colisión con ellas.” ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 450 y 451.

³⁶² Cfr. ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “Derechos sociales, republicanism y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 155.

Al respecto, se pueden identificar dos respuestas opuestas: La primera, según la cual la crítica es válida de conformidad con el principio democrático y las reglas de competencia, por cuanto no es posible admitir que dichos contenidos sean concretizados por quien carece de legitimación democrática directa, lo cual constituye una intromisión grave a la libre configuración legislativa de las políticas públicas y al principio mayoritario. De tal manera, si el poder judicial determina el contenido esencial de un derecho fundamental se produce una vulneración del principio de división de poderes. En este contexto, el derecho social fundamental no sería vinculante (no justiciable) y se privilegiaría el imperativo democrático en contra del principio de inmunidad de los derechos fundamentales y de supremacía constitucional.

Una segunda respuesta, opuesta a la anterior, se formula a la luz del principio de supremacía constitucional y de inmunidad de los derechos sociales fundamentales. El estamento judicial configura el contenido de los derechos con estricta técnica jurídica y de manera independiente, toda vez que, en ejercicio de su legitimación democrática indirecta, pretende salvaguardar valores esenciales de la democracia, como son la plena vigencia de los derechos humanos, los cuales pueden encontrarse en peligro frente a decisiones de las mayorías políticas coyunturales y de los poderes privados regidos por los intereses del mercado. En ese orden de ideas, los derechos sociales fundamentales concretizados judicialmente son vinculantes y justiciables, a la luz del principio de supremacía constitucional, pero en sacrificio del principio de decisión democrática mayoritaria.

Al respecto, surge una pregunta de fondo: ¿existen límites esenciales, taxativos y absolutos impuestos por el constituyente (a través de las normas de derecho fundamental o de reenvío a las normas del derecho internacional de los derechos humanos), hacia los diferentes poderes

políticos del Estado o, por el contrario, el juez constitucional debe colaborar en la construcción de los mismos?

En la doctrina constitucional estadounidense se han dado dos propuestas teóricas contrapuestas: el modelo de agencia y el modelo de colaboración.

En el primer modelo, los jueces son agentes o custodios de las autoridades políticas (constituyente y legislador), de tal manera que “no se espera que los agentes persigan sus propios intereses, se espera que los jueces renuncien a la autoridad de su juicio normativo independiente, a no ser que tal juicio sea de algún modo invocado por el propio papel consistente en seguir instrucciones”³⁶³ y, en el segundo, los jueces se proyectan no como simples agentes de las autoridades políticas, sino “como socios o colaboradores en el proyecto de establecer y dar contenido operativo a los preceptos con valor constitucional”³⁶⁴, a través de juicios autónomos normativos en la consecución de un fin común: lograr satisfacer los principios fundamentales de justicia y, específicamente, el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en una democracia constitucional es razonable que los contenidos de los derechos sociales sean definidos y adjudicados por las autoridades políticas de legitimación democrática directa; sin embargo, resulta altamente cuestionable que definan el contenido esencial de los derechos fundamentales, en general, y de los derechos sociales, en particular, ya que es precisamente frente a contingentes y coyunturales mayorías políticas en el parlamento que se necesita imponer límites frente a sus decisiones, por cuanto detentan el poder de creación del derecho y,

³⁶³ SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Ponds, Madrid, 2009, p. 43. Sobre esta problemática ver el interesante trabajo de BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138.

³⁶⁴ *Idem*, p. 44.

por ende, existe el peligro o la amenaza constante de violación de un derecho fundamental a través de sus actos u omisiones.

De allí que “[l]a tarea de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió ese acto, pues es probable que dicha institución no sea objetiva a la hora de evaluar su propia conducta.”³⁶⁵ Es más, el poder político mayoritario y el poder privado regido por las leyes del mercado son proclives a ejercer una potestad arbitraria y, de contera, vulneradora de los derechos. Ya Hamilton había advertido que los poderes políticos encierran mayores peligros para los derechos constitucionales que las potestades que puede detentar un juez en un régimen democrático³⁶⁶.

Por lo anterior, es preciso analizar el panorama de dos situaciones disimiles: La primera, cuando el legislador entra a regular el contenido esencial del derecho fundamental y, la segunda, cuando regula el contenido accidental o periférico del mismo.

En el primer caso, cuando el legislador define contenidos básicos es sin duda competente. Sin embargo, en estricto sentido no se trata de definir límites o restricciones a su actuación, sino esperar un ejercicio expansivo o creador de posiciones jurídicas que favorezcan al titular del derecho,

³⁶⁵ *Idem*, p. 91.

³⁶⁶ En efecto, señaló: “Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no solo dispone de, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige ni la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tenga eficacia sus fallos.” HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY John, *El federalista*, prólogo y traducción de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, México, 2006, pp. 330-331.

toda vez que tendrá que respetar el principio de progresividad y no regresión, y en algunos casos la regulación constitucional expresa del contenido esencial. La razón de lo anterior estriba en que el núcleo esencial del derecho no es disponible a las contingencias políticas, debido al alto riesgo que ello conlleva. Es más, ni una justificación por consenso, ni incluso proporcional y razonable *prima facie*, podría afectar dicho núcleo, ya que subyace el peligro de que “los juicios ponderativos convierten en bagatela el núcleo mismo de los derechos”³⁶⁷. En caso de una afectación del contenido esencial, el juez constitucional tendrá que proponer un juicio agravado de constitucionalidad frente a la medida y, de contera, muy seguramente declarará tal regulación contraria a la Constitución por violar el principio de superioridad constitucional.

En el segundo caso, cuando el legislador pretende regular un derecho social en su ámbito periférico tendrá una libertad restringida, por cuanto deberá definir contenidos del derecho de conformidad con los principios de proporcionalidad y progresividad, observando que la regulación cumpla los estándares de los sub-principios de necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad. Deberá buscar, en la medida de lo posible, que la ponderación propicie una ampliación de los contenidos tutelados y no una regresión que, en principio, está proscrita.

Por lo anterior, si bien en una democracia constitucional los poderes políticos (en especial el legislador) son los llamados, por su legitimación democrática directa y bajo la égida del principio de mayorías, a regular, definir, desarrollar o proteger los contenidos esenciales de los derechos sociales a través de las políticas públicas o la legislación, dicha competencia tiene como exigencia material que dicho desarrollo no sea

³⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, 3 Vols, Bari, Laterza, 2007, citado por Luis Prieto Sanchís, “Principia iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional”, en M. CARBONEL y L. GARCIA JARAMILLO, *El cánón neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 297.

restrictiva sino más bien expansiva del contenido esencial del derecho social.

Si ello no ocurre, la medida legislativa o de política pública quedará viciada y advendrán las respectivas sanciones que pueden ser, entre otras, (i) la anulación o inconstitucionalidad de la disposición; (ii) la extensión de la prestación a los sujetos arbitrariamente excluidos (sentencias aditivas de prestación); y, (iii) el reenvío de la cuestión al legislador estableciendo los lineamientos para reparar la omisión o para evitar la inexecutable de la norma *sub judice* (providencias interpretativas, aditivas de principio, manipulativas y exhortativas al legislador)³⁶⁸.

En suma, los jueces constitucionales no pueden ser simples agentes o custodios de los poderes políticos (constituyente y legislador), sino quienes (a través de juicios ecuanímenes, independientes, tutelares de los derechos fundamentales y de la superioridad constitucional) deberán, en ejercicio del control constitucional y del principio de colaboración armónica, por un lado, constatar si determinada política pública o medida legislativa constituye una violación por acción u omisión de un derecho social y, por otro lado, en ejercicio de los principios democrático y de superioridad constitucional, conminar a los poderes políticos, en caso de violación, a respetar y garantizar los derechos sociales, los cuales gozan de amplia consagración en fuentes (normativas y jurisprudenciales, principalmente) del derecho internacional de los derechos humanos o del régimen constitucional de los derechos fundamentales.

Empero, es necesario reconocer que el poder judicial por sí solo, no está llamado a solucionar graves problemáticas sociales provocadas por la

³⁶⁸ Según Pisarello “[n]inguno de estos mecanismos -ni ningún otro, al cabo, de tipo institucional- serviría para frenar a un legislador empeñado en el desmantelamiento de derechos y políticas sociales. Sin embargo, permitiría a los tribunales activar un dialogo garantista, y no siempre condescendiente con los órganos políticos, contribuyendo así a identificar, a deslegitimar y, eventualmente, a reparar incumplimientos que de otro modo hubieran sido considerados opciones incontrolables y, por tanto, impunes.” PISARELLO, Gerardo, “Derechos sociales y principio de no regresividad en España”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, cit., p. 326.

vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que en un régimen democrático no le corresponde la definición de las políticas públicas, sino que éstas se definen en la arena política. Por lo tanto, se impone reconocer que la garantía y eficacia de los derechos es un asunto de Estado, esto es, depende del concurso de los tres poderes clásicos, los cuales cada uno en ámbito de sus competencias, frente a situaciones graves y sistemáticas de desprotección de derechos, un “estado de cosas inconstitucional”, deben entrar a confluir en la construcción de soluciones estructurales, duraderas y con efectos generales. Lo que se visualiza es la posibilidad, dentro del marco del estado democrático de derecho, de una vía dialógica entre los poderes públicos.

3. LAS METODOLOGÍAS JURÍDICAS DE DEFINICIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL

El segundo problema respecto a la definición del contenido esencial es de carácter formal, técnico o procedimental y se enmarca en el siguiente cuestionamiento: ¿cuál es la metodología jurídica y racionalmente aceptable para definir el contenido esencial de un derecho fundamental? Al respecto, se procederá a analizar dos propuestas metodológicas. La primera, proveniente de la jurisprudencia constitucional española y, la segunda, proveniente de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, la cual intenta armonizar los estándares internacionales con los estándares constitucionales de los derechos fundamentales. Luego, se expondrá una propuesta metodológica que se estima más racional en términos jurídicos, políticos y democráticos.

3.1. Una tendencia en España: aplicación de la teoría absoluta en la definición del contenido esencial

Del artículo 53 de la Constitución española³⁶⁹, inspirado en el artículo 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn, se desprende: (i) la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales; (ii) la reserva de ley para regular el ejercicio de estos derechos; (iii) las regulaciones legislativas deben respetar el contenido esencial de los derechos; y (iv) que la garantía para proteger dicho contenido esencial es el control abstracto de constitucionalidad.

Ahora bien, pese a que el contenido esencial de los derechos fundamentales goza de rango constitucional, el artículo 53 no establece de manera taxativa cuál es la metodología para determinar dicho contenido y, por ende, se trata de un concepto jurídico difuso o abierto cuya concreción queda necesariamente atribuida a la interpretación del juez constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha optado por un sistema mixto que “inició con la plasmación de una metodología para la determinación en general y en abstracto de dicho contenido esencial. Posteriormente, dicha metodología se ha aplicado a casos concretos para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que estaba examinando.”³⁷⁰

Esta metodología tiene su génesis en la sentencia STC 11/1981³⁷¹, en donde se acoge una teoría absoluta del contenido esencial, al postular dos criterios o vías hermenéuticas para determinar dicho contenido de manera general y abstracta, a saber:

³⁶⁹ “Artículo 53: 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)” AGUIAR DE LUQUE, Luis y PÉREZ TREMP, Pablo (editores), *Normas Políticas*, Tecnos, segunda edición, Madrid, 2001, p. 34.

³⁷⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 346.

³⁷¹ Se resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 17/1977, que regulaba el derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo.

El primero, consiste en acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho, para establecer una relación entre el lenguaje de las normas y los elementos metajurídicos. Se da por entendido que el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo, con el fin de que se pueda reconocer en la regulación concreta y servir como parámetro de constitucionalidad. De esta manera, constituirá el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas prerrogativas o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho pueda ser reconocido y sin las cuales perdería su naturaleza intrínseca. Lo anterior, implica tomar en cuenta la coyuntura histórica y las circunstancias de los derechos constitucionales en las sociedades democráticas³⁷².

El segundo criterio consiste en establecer los intereses jurídicamente protegidos incluidos dentro del núcleo con posición de derechos subjetivos. En este camino la esencialidad del contenido del derecho hace alusión a aquel segmento del contenido del derecho que es imprescindible para que los intereses jurídicamente tutelados, esto es, de los cuales depende la existencia del derecho, estén inexorablemente protegidos. Así las cosas, se infringe el contenido esencial cuando quiera que una restricción al derecho lo convierte en inejercitable o lo priva de su más elemental protección.

Estos dos caminos, según el tribunal, son vías alternativas y no incompatibles, ya que una u otra o juntas intentan dilucidar cuál es el «contenido esencial» de un derecho subjetivo, de tal suerte que para encontrarlo pueden ser utilizados alternativa o conjuntamente, con el propósito de llegar a un resultado satisfactorio de identificación.

En síntesis, conjugando los dos criterios, el contenido esencial es “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho

³⁷² Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *idem*.

perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.”³⁷³

En términos generales, estas dos vías tienen un denominador común, por cuanto utilizan un mismo criterio para identificar una transgresión al contenido esencial, esto es, la desnaturalización del derecho³⁷⁴.

Es importante señalar que esta propuesta jurisprudencial no cobija a los derechos sociales, por cuanto no son considerados derechos fundamentales ni derechos subjetivos sino “principios rectores de la política social y económica” (Título Primero, Capítulo Tercero de la Constitución), que solo llegan a ser justiciables si, y solo si, el legislador así lo considere a través de su regulación.

3.2. Críticas a las metodologías de determinación del contenido esencial

Las vías de identificación del contenido esencial han sido criticadas, principalmente porque plantean varios problemas, entre otros: *(i)* “la necesidad de determinar el parámetro o canon de validez simultáneamente a su aplicación”³⁷⁵; *(ii)* “fundamentarse en criterios subjetivos y generales, que en último extremo, dependen de construcciones teóricas”³⁷⁶ o incluso ideológicas; *(iii)* la ilegitimidad democrática del tribunal constitucional para definir ese contenido esencial; *(iv)* “[n]o existe un criterio racional, intersubjetivamente controlable y que no consista en mera intuición, para dividir con nitidez el contenido esencial y

³⁷³ Fundamento jurídico N° 10.

³⁷⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *cit.*, p.354.

³⁷⁵ *Idem*, p. 354.

³⁷⁶ *Idem*, p.355.

un contenido periférico”³⁷⁷; v) la aplicación del contenido esencial es irreconciliable con la aplicación del principio de proporcionalidad, por cuanto, “[l]o evidente es que estas dos tesis se excluyen entre sí, si ambas pretenden tener operatividad en un mismo proceso de interpretación constitucional. Si en la aplicación de la teoría absoluta se recurre a la ponderación, a la interpretación sistemática de la Constitución, a la concordancia práctica y a la aplicación del principio de proporcionalidad, se va en contra del postulado de la teoría absoluta que es aceptado por la teoría mixta, es decir, en contra de la admisión de que todo derecho fundamental posee un núcleo intangible, que puede ser diferenciado de la parte periférica. Correlativamente, si en la aplicación del principio de proporcionalidad se intenta saber si la restricción vulnera el núcleo del derecho, se va en contra del principio de proporcionalidad”³⁷⁸; vi) “[l]a teoría absoluta y mixta del contenido esencial no pueden explicar de qué manera se resuelve un conflicto entre dos reglas iusfundamentales que valen de manera definitiva”. En suma, “las críticas contra las teorías estándares del contenido esencial se relacionan con dos grandes deficiencias: la imposibilidad de ofrecer un criterio intersubjetivo de definición y la ilegitimidad del Tribunal Constitucional en la determinación de dicho contenido.”³⁷⁹

Teniendo en cuenta estas sugestivas críticas, la construcción de una metodología para elaborar el contenido esencial de un derecho debe proporcionar, por un lado, un criterio razonable, intersubjetivo y contundente en términos de teoría jurídica que armonicen los principios de supremacía constitucional y democrático y, por otro, una fundamentación

³⁷⁷BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 427.

³⁷⁸ *Ídem*, p. 430.

³⁷⁹ PARRA VERA, Oscar, “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad”, en Courtis, Christian (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, p. 62.

o explicación plausible en términos de legitimidad democrática del tribunal constitucional para elaborar contenidos esenciales. En otras palabras, “cualquier metodología para la determinación del contenido esencial debe ofrecer criterios de fundamentación legítimos, esto es armonizables con el principio democrático, e intersubjetivamente plausibles.”³⁸⁰

Antes de abordar lo anterior, es preciso analizar un cuestionamiento que ha pasado desapercibido: ¿si una Constitución no tiene una disposición que prescriba expresamente la vinculación de los poderes públicos al contenido esencial de los derechos fundamentales (como sí sucede en España, Alemania y en Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), es posible que ese ordenamiento jurídico fundamente, teorice, interprete y, en ultimas, aplique la teoría del contenido esencial – específicamente– en materia de derechos sociales?. En el caso colombiano, por ejemplo, la corte constitucional ha acudido a la teoría del contenido esencial sin existir fundamento constitucional expreso; no obstante, esta importación teórica, en principio descontextualizada, se ha estimado justificada y con asidero en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que esta normatividad impone el deber de los Estados de adecuar el ordenamiento jurídico interno a sus obligaciones de garantizar contenidos esenciales o básicos de los derechos sociales de manera inmediata, impostergable e inderogable, esto es, “asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.”³⁸¹ En consecuencia, estas obligaciones de asegurar niveles básicos de los derechos sociales, se desprenden de la interrelación entre los desarrollo del derecho internacional con el derecho interno, es decir, del reconocimiento de fuerza jurídica vinculante a los compromisos y obligaciones estatales asumidos ante la comunidad internacional y el

³⁸⁰ *Idem.*

³⁸¹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados partes” (párrafo 1, artículo 2 del Pacto), párrafo No. 10.

orden constitucional doméstico, postura que se estima razonable y perfectamente jurídica.³⁸²

Ahora sí, es preciso volver a la preocupación inicial: ¿cómo identificar el contenido esencial de un derecho fundamental armonizando el principio de supremacía constitucional y el principio democrático? Si no existe un patrón de constitucionalidad *iusfundamental ex ante* que le permita al legislativo estar limitado y al juez juzgarlo, ¿cómo definir ese límite?, ¿cómo reconocer ese contenido esencial?

3.3. La teoría heterogénea una propuesta dogmática entre el principio democrático y la supremacía constitucional

La respuesta a los anteriores interrogantes no son fáciles, como se ha podido observar; sin embargo, es posible vislumbrar una metodología racionalmente jurídica para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales, a partir de los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos y del orden constitucional interno, bajo la egida de lo que se podría llamar una teoría heterogénea de vinculación de los poderes públicos; esto es, lo que se busca es visualizar un camino por donde pueda identificarse un contenido esencial de los derechos, acudiendo a las regulaciones expresas de la Constitución, a normas de reenvío constitucional (derecho internacional de los derechos humanos) y a precedentes judiciales (sub-reglas jurisprudenciales) y, por ende, al reconocimiento de un contenido periférico regido por los principios de proporcionalidad y de no regresividad.

Es importante señalar que el contenido esencial de un derecho social no puede ser estático, rígido e inflexible, sino en continuo desarrollo acorde con las exigencias históricas y las reivindicaciones o aspiraciones

³⁸² Por ejemplo, la Constitución argentina (artículo 75 inciso 22) atribuye jerarquía constitucional a tratados derechos humanos y lo mismo sucede con la Constitución colombiana (artículos 93, 94 y 214). Por su parte, la Constitución española estatuye el principio de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 10.2).

sociales, de ahí la importancia del reconocimiento o identificación de los contenidos por parte del poder judicial, puesto que ello ha permitido dinamizar el contenido esencial y adaptarlo a nuevas necesidades y desafíos propios del desarrollo cultural de la humanidad, con base en el principio de progresividad y su corolario la prohibición de regresividad.

3.3.1. La regulación constitucional expresa del contenido esencial

En primer lugar, se debe optar a la expresa regulación constitucional del derecho fundamental, ya que muchas veces el mismo enunciado constitucional iusfundamental impone límites expresos e infranqueables al legislador, al ejecutivo y al juez, que inexorablemente deberán tomar en cuenta, pues constituyen en estricto sentido su contenido esencial. Por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución colombiana cuando ordena al parlamento expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta determinados principios mínimos fundamentales o el artículo 67 referente al derecho a la educación³⁸³.

En efecto, si determinada regulación legislativa contradice una de estas reglas constitucionales de validez definitiva, o cuando la inacción legislativa impide el disfrute de los derechos sociales, se produce una abierta inconstitucionalidad, ya sea por acción o por omisión.

³⁸³Artículo 53. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes *principios mínimos fundamentales*: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”. De igual manera, el artículo 67 prescribe: “(...) El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá *como mínimo*, un año de preescolar y nueve de educación básica”. (se destaca).

Según Pisarello “la menor o mayor regulación legal de cualquier derecho debilita o refuerza sus posibilidades de exigibilidad judicial. Su ausencia, sin embargo, no la elimina, al menos en lo que respecta a su contenido mínimo deducible *ex constitutione*. Y es que, en definitiva, la posibilidad de alegación de un derecho ante los tribunales no debería derivarse de su estructura –que es como se ha visto, similar para todos– sino de su carácter de derecho constitucionalmente protegido”³⁸⁴. En consecuencia, cuando el constituyente en su regulación normativa expresamente indica de manera inequívoca cuál es el contenido esencial del derecho, impone un límite infranqueable *ex antea* los poderes públicos y a sus actuaciones, es decir, a la legislación, a las políticas públicas y a la jurisprudencia. Empero, esos límites se asignan con mayor firmeza a los poderes políticos, habida cuenta que ni el consenso mayoritario de una decisión democrática (a través del desarrollo normativo) o el consenso contramayoritario (por medio de la jurisprudencia), podrán limitar o restringir esos contenidos básicos y esenciales provenientes de la parte sustantiva de los derechos fundamentales. Si ello llegara a suceder la infracción a la normativa superior sería ostensible y palmaria, y su único resultado sería la inconstitucionalidad de la regulación normativa o la limitación de facto (política pública). De esa manera, se asegura que: (i) la validez de cualquier norma dependa del respeto a contenidos materiales intangibles; (ii) la jurisprudencia no se subordine a la ley, sino a los contenidos materiales de la Constitución; (iii) existan sanciones y garantías ante lagunas y antinomias; (iv) y, en últimas, que los derechos fundamentales subordinen al espacio político mayoritario y privado, y no la política o el mercado subordinen a los derechos fundamentales, pues son la esencia de la democracia constitucional.³⁸⁵

³⁸⁴PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 104 y 105.

³⁸⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, La democracia constitucional, en *Democracia y garantismo*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2008, p. 31.

Según Alexy,³⁸⁶ existe una posición jurídica prestacional definitivamente garantizada por los derechos fundamentales, cuándo: (i) lo exige con apremio el principio de libertad fáctica; (ii) lo demanda el principio de la división de poderes y el de la democracia (incluida la competencia presupuestaria del parlamento); (iii) y cuando los principios contrapuestos como el de la libertad (especialmente libertad jurídica de otros) se perturban en la menor medida posible, cuando quiera que se garantice, por un lado, iusfundamentalmente una posición jurídica prestacional o, por otro, las providencias del tribunal constitucional así lo estimen. Estas tres condiciones se satisfacen, según el autor alemán, en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, esto es, el derecho al mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel mínimo de asistencia médica. En estos eventos, se estaría frente a claras normas iusfundamentales tipo regla que valen todo o nada o de manera definitiva y no como los principios que pueden ser ponderables, a la luz del principio de proporcionalidad. Pero, ¿qué sucede cuando chocan dos reglas iusfundamentales de tipo social que valen de manera definitiva?, ¿estaríamos frente a un conflicto constitucional irresoluble?

Al respecto, es preciso reconocer que en el Estado constitucional los derechos sociales fundamentales podrían eventualmente entrar a colisionar entre ellos o con una norma iusfundamental civil y política; pero si ello sucede, habría que buscar la coexistencia de los mínimos, que es lo básico que se debe garantizar para tener una vida compatible con la dignidad humana. Esta clase de conflictos podría producirse en casos extremos, en los cuales habría que optar por la aplicación de la equidad y el equilibrio de derechos y bienes constitucionales contrapuestos, buscando la coexistencia de los contenidos esenciales y la ponderación de los contenidos periféricos. Sería el caso, por ejemplo, de una calamidad

³⁸⁶ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 454 y 455.

pública producida por la naturaleza, un accidente o una guerra. Aún en estos casos habría que proteger los mínimos existenciales, dando prioridad a los más urgentes, para no poner en grave riesgo la vida o la integridad humanas. En estos casos excepcionales se impondría una lógica racional de temporalidad y de optimización de los recursos disponibles.

3.3.2. Identificación del contenido esencial a partir de normas de reenvío constitucional

Uno de los debates más intensos en la confluencia del derecho internacional y el derecho interno es el grado de vinculatoriedad de las normas principios, reglas, estándares o directrices internacionales en el derecho doméstico. Si bien, esta problemática desborda el objeto de la investigación, es preciso tener en cuenta el siguiente fenómeno relacionado directamente con la definición del contenido esencial de los derechos, el cual no es posible desconocer: las normas internacionales de derechos sociales a pesar de ser, en principio, normas de desarrollo progresivo, tienen la virtud de proyectar a nivel interno efectos jurídicos inmediatos en los poderes públicos, en primer lugar, debido a su alto grado de importancia ética, económica y social que los convierten en verdaderos umbrales de la ciudadanía³⁸⁷ y, en segundo lugar, por la función que cumplen en la definición, concreción e intersección de las obligaciones internacionales con las obligaciones constitucionales³⁸⁸. Lo anterior, por cuanto las obligaciones internacionales en materia de

³⁸⁷ Cfr. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Cristian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006.

³⁸⁸ Según Mariño “[a]l margen de formas concretas de organizar las relaciones sistémicas entre un derecho estatal y el derecho internacional, las normas de uno y otro ordenamientos se remiten o “reenvían” unas a otras con diferentes finalidades”. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional Público, Parte General*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 586.

derechos sociales³⁸⁹ ordenan la adecuación del ordenamiento jurídico interno con el internacional. A su vez, las normas de reenvío constitucional ordenan a todos los poderes públicos cumplir con deberes constitucionales que imperativamente establecen tomar en cuenta las normas del derecho internacional de derechos sociales en el ámbito interno, bien sea como parámetros de constitucionalidad, criterios hermenéuticos dirigidos a la judicatura o criterios relevantes para la construcción de leyes y de políticas públicas.

Al respecto, existe una propuesta doctrinaria que busca armonizar las fuentes del derecho internacional con el derecho constitucional³⁹⁰. La importancia que tiene es su pretensión de identificar los contenidos normativos de los derechos sociales³⁹¹, con fundamento en la aplicación de los principios de progresividad y, su corolario, la prohibición de regresividad. Se considera que el contenido esencial es algo sin lo cual un derecho perdería su naturaleza específica.

Parra plantea cuatro elementos de la propuesta: el primero, parte de la necesidad de determinar la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ámbito constitucional; para tal efecto, es preciso acudir a las normas de reenvío que tiene la Constitución hacia el derecho internacional. El segundo es un criterio de delimitación en donde se encuentran derechos expresamente instituidos y derechos innominados, articulados bajo la égida de las obligaciones asumidas por los Estados. El tercero es la identificación de sub-reglas jurisprudenciales que posibiliten

³⁸⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, pp. 128-145.

³⁹⁰ Cfr. PARRA VERA, Oscar, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", *cit.*, p. 63 y ss.

³⁹¹ Esta propuesta es específica para identificar contenidos esenciales en materia de derechos sociales, sin que por ello se excluya otros derechos fundamentales.

la determinación del contenido esencial. Y finalmente, las cláusulas de protección a las minorías³⁹².

A partir de la anterior perspectiva, es preciso considerar que a falta de concreción constitucional expresa, habrá que optar por una segunda vía consistente en esclarecer o identificar el contenido esencial de los derechos a través de normas de reenvío constitucional, las cuales armonizan e integran el ordenamiento jurídico de un Estado con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que estas están llamadas a incorporarse al ordenamiento superior, porque así lo dispone el mismo y, de esta forma, conforman un bloque de constitucionalidad³⁹³.

De lo anterior, se colige que las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que se integran a la Constitución, por expreso mandato de esta última, son normas que adquieren rango constitucional y pueden servir como: (i) parámetros de constitucionalidad de las diferentes disposiciones objetos de control, (ii) criterios para definir casos concretos³⁹⁴ y, además, (iii) principios y reglas para definir contenidos esenciales de derechos fundamentales.

³⁹² PARRA VERA, Oscar, *cit.*, pp. 63 y 64.

³⁹³ Según la Corte Constitucional colombiana “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Sentencia C- 225 de 1995.

³⁹⁴ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, T. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Bogotá, 2001.

Ahora bien, con el fin de identificar y concretizar contenidos básicos de los derechos sociales, es posible acudir a las diferentes fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que por incorporación normativa gozan de rango constitucional y, por ende, de naturaleza iusfundamental vinculante. Empero, no todas las fuentes del derecho internacional pueden ser utilizadas para ese efecto integrador y fijador de contenidos inderogables. La doctrina ha distinguido entre normas de *hard law* o normas de imperativo cumplimiento y normas de *soft law* o “pautas interpretativas con estructura jurídica pero de carácter no obligatorio”³⁹⁵. Así, mientras que las primeras son de cumplimiento imperativo y de eficacia directa, es decir, pueden ser aplicadas directamente por los operadores jurídicos, las segundas constituyen parámetros autorizados de hermenéutica y, por lo tanto, de eficacia indirecta. Las normas de *hard law* son generalmente los tratados o instrumentos vinculantes y las normas de *soft law* son otras fuentes del derecho internacional como los estándares, las recomendaciones, los informes, las doctrinas, etc. Lo anterior se explica porque el Estado, en principio, solo ha brindado su consentimiento para que se le exija las obligaciones expresamente consagradas en el instrumento internacional, y las demás manifestaciones antes señaladas son criterios auxiliares de interpretación. No obstante, cuando una norma, en principio de *soft law*, provenga de una interpretación auténtica y autorizada tiene la potencialidad de convertirse en norma de *hard law* cuando es utilizada por los órganos jurisdiccionales competentes como parámetro de constitucionalidad para resolver casos concretos o para identificar y concretizar contenidos esenciales de los derechos de manera abstracta, en ejercicio del control de constitucionalidad.

En relación con los derechos sociales, si bien las normas consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -por

³⁹⁵PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para un reconstrucción*, cit., p. 70.

ser este un tratado de derecho internacional público- gozan de plena vinculatoriedad y obligatoriedad jurídica al ser una “fuente formal” del derecho internacional público en los términos del artículo 38³⁹⁶ del Estatuto Internacional de Justicia, el debate se suscita sobre la fuerza vinculante de las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Como ya se ha señalado anteriormente, el Comité es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por los Estados partes. El Comité emite su interpretación de las disposiciones del pacto, en forma de observaciones generales.

Estas observaciones generales tienen una naturaleza jurídica *sui generis*, ya que emanan de iuspublicitas independientes como desarrollos doctrinarios, en desarrollo de expresas competencias de derecho internacional. Pese a que podrían adecuarse a lo que ha definido derecho blando, estas interpretaciones son consideradas como de la mayor relevancia jurídica, a tal punto de ser fundamento de decisiones judiciales, leyes y políticas públicas en sede interna. Por ello, son la interpretación autorizada “para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos”³⁹⁷

Al respecto, son interpretaciones auténticas y autorizadas las que realizan los comités institucionales de derecho internacional en relación con los

³⁹⁶ El artículo 38 prescribe que la Corte al decidir las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: “a. **Las convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. **Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia** de las distintas naciones, como *medio auxiliar* para la determinación de las reglas de derecho ...” (Negrilla fuera de texto).

³⁹⁷ DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El fenómeno de *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *cit.*, p. 534.

diferentes tratados y normas. Así por ejemplo, la hermenéutica autorizada desarrollada en las observaciones generales por el Comité Derechos Humanos al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de las observaciones generales del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales al interpretar dicho pacto.

Es importante señalar que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los contenidos esenciales de los derechos guardan una relación inescindible con las obligaciones básicas y las obligaciones de efecto inmediato de los Estados, o lo que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, designa como “obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”³⁹⁸.

Sin lugar a dudas, lo que se define como una obligación mínima o de cumplimiento inmediato por parte de un órgano internacional competente, tiene una relación directa e inescindible con el contenido esencial de un derecho fundamental, toda vez que constituye un criterio de autoridad que tiene la potencialidad de contribuir a definir dicho contenido.

En efecto, el Comité es el organismo internacional que más ha profundizado en el contenido de estos derechos a través de sus observaciones generales, las cuales si bien, en principio, no tienen fuerza jurídica vinculante, lo cierto es que son interpretaciones legítimas, autorizadas y auténticas del pacto, a cuyos contenidos los Estados se encuentran obligados jurídicamente. Esto es, los pronunciamientos del Comité constituyen una técnica jurídica para identificar y concretizar contenidos de derechos sociales. Las observaciones generales agrupan y sistematizan las fuentes del derecho internacional y local en una hermenéutica común, consistente y legítima.

³⁹⁸ Observación General N° 3, la índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto) párrafo No. 10.

Dichas observaciones se refieren al contenido esencial de los derechos sociales en términos de “elementos esenciales”, “obligaciones básicas”, “niveles esenciales” u “obligaciones inderogables”, a tal punto que si un Estado parte no garantiza estos mínimos insoslayables, estaría objetivamente infringiendo una obligación de derecho internacional. Según Abramovich y Courtis las observaciones del Comité han tenido dos momentos claramente definidos. En el primer momento, el Comité admitía la justificación de incumplimiento de los mínimos esenciales por parte de los Estados, cuando no contaba con los recursos disponibles necesarios y demostraba haber hecho lo razonablemente posible para cumplir. Luego, en un segundo momento, a partir de la observación general N° 14 referida al derecho a la salud, no ha admitido ninguna justificación para incumplir elementos esenciales u obligaciones básicas a través de la tesis de la inderogabilidad³⁹⁹. Al respecto, el Comité ha optado por una teoría absoluta del contenido esencial.

De esa manera, en ausencia de respeto y garantía de estos elementos mínimos u atributos básicos de los derechos sociales, estos quedarían tan desfigurados que sería imposible la tutela de los bienes jurídicos o la satisfacción de necesidades básicas, lo cual conllevaría a un incumpliendo palmario de obligaciones internacionales.

Es pertinente señalar que ya desde la observación general N° 3, el Comité había subrayado que “cada Estado Parte [tiene] una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”⁴⁰⁰ enunciados en el pacto y, en efecto, un Estado parte que no cumple con ese deber mínimo estará incurso en una infracción al tratado y, de contera, en una violación al derecho social sustancial en cuestión. Esta obligación *prima facie* fue proyectada a todos y cada uno de

³⁹⁹ Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 90 y 91.

⁴⁰⁰ Cfr. <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm> (10/12/15).

los derechos del pacto bajo el entendido que los deberes básicos son inderogables y de efecto inmediato, como por ejemplo la obligación de garantizar los derechos sociales sin discriminación alguna.

Ahora bien, es importante señalar que una lectura detenida de las observaciones generales permite diferenciar entre contenido mínimo esencial y contenido esencial⁴⁰¹. En efecto, el contenido mínimo esencial es inderogable y constituye un parámetro que debe ser respetado y garantizado con independencia de las condiciones económicas, políticas o sociales. Por ende, constituye un límite rígido e infranqueable que se puede asimilar a la aplicación de la teoría absoluta de vinculación. Mientras que el contenido esencial propiamente dicho constituiría un estándar más flexible y adaptable a las necesidades, recursos y disponibilidad de determinado Estado, con lo cual se aplicaría la teoría relativa de vinculación. Las observaciones del Comité han oscilado entre esas dos posiciones, lo cual no es óbice para que puedan ser armonizadas.

Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, considerado como derecho humano imprescindible para el respeto y garantía de otros derechos, por lo cual todo ser humano debe disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12.1 del PIDESC), el Comité ha señalado que si bien el pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos sobre limitación recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones generales de efecto inmediato: (i) la garantía de que será ejercido el derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y (ii) la obligación de adoptar medidas, “en particular la adopción de medidas legislativas” (párrafo 1 del artículo 2), en aras de la plena realización del derecho, las cuales deben ser deliberadas y concretas. De igual manera, tienen la obligación fundamental de

⁴⁰¹ Cfr. PARRA VERA, Oscar, *El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad*, cit., p. 58.

asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales del derecho⁴⁰², los cuales son inderogables⁴⁰³.

La dogmática del derecho a la salud indica que existe un titular (persona humana) quien puede exigir a un obligado (Estado) el objeto (prestación) del derecho, consistente principalmente en acciones para garantizar la prestación salud y, excepcionalmente, omisiones, como la prohibición de discriminación. Si el obligado incumple por acción u omisión inexorablemente advendrá la violación del derecho y, de contera, incurrirá en responsabilidad. Al considerar el contenido normativo del derecho a la salud y sus parámetros interpretativos frente a las obligaciones internacionales del Estado, se puede colegir e identificar cuándo incurre en violación de este derecho por acción u omisión. Según el Comité “[e]ntre las violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al

⁴⁰²a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.” Observación General N° 14, párrafo 43.

⁴⁰³ Al respecto el Comité ha sido claro en afirmar: “Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables.” (párrafo 47).

derecho a la salud”⁴⁰⁴. Igualmente, se puede incurrir en omisiones legislativa, es decir, “[l]os Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por *actos de omisión* figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes”.

Para el Comité es importante distinguir entre Estados que cuentan o no con la capacidad de cumplir sus deberes y otros que caprichosamente se niegan a cumplir sus obligaciones. Bajo el entendido que cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para sufragar sus obligaciones. En efecto, un Estado que no esté dispuesto a utilizar ese estándar para dar efectividad al derecho a la salud viola sus obligaciones internacionales. No obstante, si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento de sus obligaciones, dicho Estado podrá justificar que ha hecho todo lo posible, en términos de recursos asignados en la medida de sus posibilidades, como eximente de responsabilidad. “En todo caso, y más allá de las discusiones sobre voluntad política, recursos, ayudas y crecimiento económico, cabe destacar que los niveles esenciales mencionados arriba son el núcleo esencial de protección del derecho a la salud y que, por tanto, debido a que esos niveles esenciales generan obligaciones básicas para los Estados, son de carácter inderogable de manera que bajo ninguna circunstancia puede justificar su incumplimiento según la observación general No. 14, párrafo 47”⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). Cfr. [https://www.eschr-net.org/es/docs/i/428717\(10/12/15\)](https://www.eschr-net.org/es/docs/i/428717(10/12/15)).

⁴⁰⁵ PARRA VERA, Oscar, VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu, ENRIQUE MARTIN, Agustín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

Sobre los efectos jurídicos que esta clase de fuentes del derecho internacional producen en el derecho interno, es preciso citar el caso colombiano en donde el derecho a la salud ha sido considerado derecho fundamental⁴⁰⁶, y cuyo contenido esencial ha sido definido y concretizado a partir de las obligaciones básicas o de cumplimiento inmediato que impone el PIDESC y más concretamente con fundamento en los contenidos decantados en la obligación general N° 14”, antes citada.

A partir de la aplicación de los estándares internacionales en la definición y concreción del contenido de los derechos constitucional, es posible al operador judicial la construcción de subreglas que tienen la potencialidad de definir casos concretos, frente a un problema de desarrollo legislativo que vulnera derechos o frente a una omisión legislativa que tiene el efecto indeseable de obstaculizar el goce y disfrute de los mismos, especialmente los derechos sociales, por la inexistencia de mecanismos eficaces de protección. Este es el gran desafío que se enfrenta en la segunda parte de la investigación.

Sistema Universal y Sistema Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, p. 168.

⁴⁰⁶ “Así las cosas, puede sostenerse que (el derecho a la salud) tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias–, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.–. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos”. Corte Constitucional, sentencia T-859 de 2003. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 y T-148 de 2007.

SEGUNDA PARTE: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

La primera parte de la investigación tuvo por objeto demostrar que los derechos sociales no son derechos jerárquicamente inferiores y con una composición estructural diferente de los derechos civiles y políticos⁴⁰⁷ que justifique un estándar de tutela judicial efectiva menor, de ahí que es inaceptable escindirlos y subordinarlos a estos y calificarlos peyorativamente como derechos de segunda generación, pues en el marco del Estado constitucional su cimiento axiológico común tanto para unos como para otros se basa en el principio de igualdad, el cual busca satisfacer de manera similar las necesidades básicas de todas las personas y garantizar el principio de la dignidad humana, presupuesto

⁴⁰⁷ Scheinin, quien fuera miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU sostiene: “[E]l antiguo contraargumento relacionado con la supuesta ‘diferente naturaleza’ de estos derechos, cuando se comparan con los derechos humanos más tradicionales que se suelen describir como derechos civiles y políticos, tal vez no esté muerto y enterrado, pero hoy parece ser un eco lejano del pasado”. SCHEININ, Martin. “Justiciability and Indivisibility of Human Rights”, en *Squire, Langford y Thiele (eds), The Road to a Remedy*, (nº. 11 supra), pp. 17-26, citado por Malcolm Langford, “La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría”, en *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, p. 82.

Al respecto, Ansuátegui Roig afirma que “el ámbito de la fundamentación de los derechos ha constituido objeto de atención por parte de aquellas teorías que defienden una distinción cualitativa entre los derechos sociales y otros tipos de derechos. Sin dejar de reconocer valor a los derechos sociales, se ha subrayado su carácter secundario a partir de su específica relación con la igualdad. Así, los derechos más relevantes serían aquellos directamente encaminados a garantizar la libertad, mientras que aquellos no directamente relacionados con la libertad descienden en su relevancia. // Parece evidente que esta desconsideración hacia los derechos sociales se basa, en este punto, en una contradicción entre valores, y se apoya en una determinada opción ideológica. Lo cual, por otra parte, no tiene nada de ilegítimo sino fuera porque en muchas ocasiones se presenta como natural”: ANSUÁTEGUI ROIG, Javier, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en *La eficacia de los derechos sociales*, María José Bernuz Benítez y Manuel Calvo García (editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 27. A su vez, Pisarello sostiene que “la satisfacción de todos [los derechos], sean civiles, políticos, sociales o culturales podría considerarse ligada, de igual manera, a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo. Y nada hay, en realidad, que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda deducirse una protección diferenciada”: PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 57.

basilar de todos los derechos fundamentales⁴⁰⁸, que garantiza una interdependencia e indivisibilidad⁴⁰⁹ entre los derechos civiles, políticos y sociales con un *continuum* de obligaciones⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ El principio de la dignidad humana, como bisagra entre los derechos civiles, políticos y sociales, se ha visto reflejado en la jurisprudencia sobre derechos sociales: "Se podría argumentar que uno de los debates ya se ha resuelto: el relativo a si los derechos económicos, sociales y culturales, por no ser judicialmente exigibles, se les puede negar la categoría de derechos humanos, ya que hoy las pruebas en contrario son numerosas. Es igual de importante que las decisiones judiciales hayan contradicho en parte la crítica de que los órganos judiciales carecen de legitimidad democrática y de capacidad institucional para hacer cumplir esos derechos (...) La jurisprudencia recoge un número destacable de decisiones de órganos de resolución de conflictos que ya han elaborado principios políticos y desarrollado herramientas jurídicas con las que se han superado algunas de esas preocupaciones filosóficas; así, se han pronunciado sobre la asignación de recursos presupuestales o han formulado directamente 'políticas públicas': LANGFORD, Malcolm. "La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría", en *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Malcolm Langford (ed.), Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2013, pp. 46-47.

⁴⁰⁹ "Se puede hablar de indivisibilidad en sentido amplio para referirse a la idea de que todos los derechos humanos, especialmente los catalogados como derechos sociales y como derechos civiles, constituyen un conjunto unitario y se encuentran interrelacionados. Obviar esta idea ha permitido afirmar que los derechos civiles y políticos pueden asentarse plenamente sin la concurrencia de los derechos sociales o que los derechos sociales no pueden comenzar a garantizarse hasta que los derechos civiles y políticos estén plenamente asentados. // Indivisibilidad e interdependencia, sin embargo, son formas distintas de relación entre los derechos, caracterizados por la intensidad o el grado de relación entre estos. La indivisibilidad es la forma más fuerte de relación y es bidireccional, constituye una relación en la que un derecho es indispensable para otro y viceversa. La interdependencia, por su parte, hace referencia a relaciones de apoyo entre dos derechos y consiste en la contribución realizada respecto al cumplimiento o al funcionamiento de otro (...) El mérito de la idea de indivisibilidad es apuntalar la tesis según la cual entre los derechos humanos no hay derechos jerárquicamente superiores o prioritarios. Esto es, que no existen diferencias cualitativas entre los derechos humanos ni desde el punto de vista axiológico o justificatorio, ni atendiendo a la estructura de las obligaciones o las garantías primarias de los derechos o a las garantías predeterminadas para asegurar su efectividad": AÑON ROIG, María José, "Derechos humanos y obligaciones positivas" en *La eficacia de los derechos sociales*, Ma. José Bernuz Benítez y Manuel Calvo García (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 48 a 49.

⁴¹⁰ En la sentencia C-251 de 1997, la Corte Constitucional colombiana al declarar la constitucionalidad del protocolo adicional (Pacto de San Salvador) a la Convención Americana de Derechos Humanos y su ley aprobatoria, consideró: "Los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad

Lo anterior conllevó a sostener en la primera parte de la investigación que un criterio lógico y objetivo con las premisas del Estado constitucional es el *criterio heterogéneo*, el cual parte del reconocimiento que los derechos fundamentales, entre ellos los de carácter social y prestacional, tienen una doble esfera: en primer lugar, una esfera interna constituida por un contenido o núcleo esencial, caracterizado por tener posiciones subjetivas, definitivas y vinculantes y, en segundo lugar, una esfera externa, regida por el principio de proporcionalidad, ámbito en el cual los derechos alcanzan un carácter vinculante *prima facie*, ya que su concreción definitiva, según el caso, podría depender del ejercicio de ponderación si se trata de un conflicto entre derechos.

En la esfera interna el contenido esencial del derecho fundamental es intangible, conocido como “*esfera de lo indecible*”, “*coto vedado*”⁴¹¹, indisponible a la restricción y anulación de la intervención estatal o, incluso, de los particulares, y tiene por característica principal la de reconocer derechos subjetivos, definitivos, concretos, eficaces y directamente exigibles⁴¹², como sucede en el caso colombiano y de otros

de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren una mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. Los derechos humanos son pues una unidad compleja. Por ello algunos sectores de la doctrina suelen clasificar los derechos humanos en derechos de libertad, provenientes de la tradición liberal, derechos de participación, que son desarrollo de la filosofía democrática, y derechos sociales prestacionales, que corresponden a la influencia de las corrientes de orientación social y socialista”.

⁴¹¹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 631 y ss.

⁴¹² Se trata de un fenómeno similar al de la fuerza imperativa del *ius cogens* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario, el cual constituye una manifestación de la conciencia moral de la sociedades a nivel internacional y, por ende, no puede haber pacto en contrario. Cfr. ABELLO-GALVIS, Ricardo, “Introducción al estudio del *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, en *Vniversitas*, n° 123, Bogotá, pp. 75-104, julio-diciembre de 2011. También ver: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt4.pdf> (14/01/2015).

Estados⁴¹³ con el derecho al mínimo vital, el pago de salarios y pensiones⁴¹⁴, el derecho al agua⁴¹⁵, entre otros, esfera interna de los derechos fundamentales que ha sido relevante bien sea para ejercer el control de constitucionalidad de normas o de amparar derechos fundamentales, como por ejemplo las relacionadas con la política económica del Estado⁴¹⁶, sobre salud⁴¹⁷, espacio público⁴¹⁸, vivienda

⁴¹³ Al respecto, Langford señala: “En un número significativo de jurisdicciones, los órganos de resolución de conflictos han intervenido inicialmente para proteger una amplia variedad de derechos sociales de la intrusión y la inacción del Estado, y luego lo han hecho cada vez con mayor frecuencia ante acciones de los particulares. El área cubierta por las decisiones judiciales es enorme. Los tribunales han ordenado la reconexión del suministro de agua a los hogares, la paralización de los desalojos forzados, la prestación de tratamientos médicos, la reinstauración de los beneficios de seguridad social, la incorporación a las escuelas de niños pobres y pertenecientes a minorías, y el desarrollo y la mejora de programas estatales para solucionar las enfermedades endémicas, el hambre y la falta de hogar”: LANGFORD, Malcolm. “La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría”, *op. cit.*, p. 45.

⁴¹⁴ Corte Constitucional colombiana sentencia T-434 de 1999 sobre salarios y sobre pensiones la sentencia SU-430 de 1998.

⁴¹⁵ En la sentencia T-740 de 2011, la Corte Constitucional colombiana amparó el derecho fundamental al agua de una persona que no podía costear el servicio, con base en el reconocimiento del contenido esencial del mismo, para lo cual acogió lo definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Comentario General n° 15 y un informe de la Organización Mundial de la Salud de 2003 sobre “*Cantidad y servicio del agua doméstica y salud*”, según los cuales el derecho fundamental al agua incluye el derecho de cada persona a recibir una cantidad diaria de cincuenta litros. Recientemente, en la sentencia T-163 de 2014 la Corte Constitucional amparó el derecho fundamental al agua de un obrero quien habitaba en un inmueble con sus hijos menores de de edad y a quien la empresa de acueducto le suspendió dicho servicio falta de pago. Dijo que las empresas de servicios públicos se encuentran obligadas a garantizar un suministro básico e indispensable del servicio cuando: *i*) la falta de cumplimiento no obedece a la voluntad del deudor o se da como consecuencia de una fuerza insuperable; aunado a que *ii*) en el lugar al que se destinan habitan sujetos de especial protección; y *iii*) el servicio resulta imprescindible para el goce de derechos como la vida en condiciones dignas, la salud o la igualdad, entre otros. En tales casos, la empresa debe ofrecer al usuario cantidades básicas de agua potable.

⁴¹⁶ En cuanto a las políticas económicas del Estado relacionadas con el poder de imposición, en la sentencia C-776 de 2003 dijo la Corte que el derecho fundamental al mínimo vital constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención estatal en la economía. La vulneración de dicho núcleo permitió declarar inconstitucional una norma que extendía el cobro del impuesto al valor agregado (IVA), con una tarifa del 2% a los productos de la canasta básica familiar.

⁴¹⁷ En la sentencia SU-225 de 1998, la Corte con base en la denominada cláusula de erradicación de las injusticias presentes y del mínimo vital y los derechos fundamentales de los niños, ordenó la implementación de una política pública sobre vacunación de una

digna y adecuada⁴¹⁹ o la atención a la población desplazada por la violencia⁴²⁰.

Esta segunda parte de la investigación tiene como objeto central demostrar que pese a ser los derechos sociales derechos fundamentales, dicho reconocimiento no es suficiente, puesto que requieren, en la mayoría de los casos, desarrollo legislativo para lograr una plena eficacia. Al respecto, existe una gran preocupación según la cual el legislador no está comprometido en sentido fuerte con las decisiones del poder constituyente en materia de derechos sociales. En consecuencia, el problema a enfrentar es qué hacer frente a la omisión del legislador, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de libertad que

capa de la población infantil en Bogotá desprovista de seguridad social y en estado de necesidad manifiesto.

⁴¹⁸ En la sentencia T-772 de 2003, la Corte Constitucional censuró la ley que ordenaba la recuperación del espacio público por vulnerar la médula irreductible del derecho de subsistencia. Se trató de un caso en el cual la policía de Bogotá le decomisó a un vendedor ambulante la mercancía, de cuya venta derivaba su sustento diario y su familia; el vendedor presentó un derecho de petición para que le sea devuelta, pero la policía no accedió. Al respecto dijo: “[E]s constitucionalmente inaceptable que las personas que se encuentran en la situación del peticionario sean sencillamente privadas de los medios materiales que aplican a su trabajo de subsistencia, sin recibir ofrecimiento alternativo alguno que satisfaga sus necesidades en forma efectiva; la protección constitucional de sus derechos fundamentales más básicos —la vida, la dignidad, el mínimo vital, la igualdad, el trabajo—, así como la implementación progresiva del Estado social de Derecho, quedarían reducidas a vanas aspiraciones si el juez de tutela tolera el proceso de invisibilización de los vendedores informales en pro de la estética urbana y del bienestar colectivo”. Por lo anterior, ordenó a la autoridad competente, entre otras medidas, proporcionarle una alternativa económica de subsistencia viable encaminada a que pueda satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia y, de manera general, ordenó que dichas alternativas económicas sean ofrecidas a sus destinatarios *con anterioridad* al adelantamiento de las medidas de desalojo y decomiso tendientes a recuperar el espacio público.

⁴¹⁹ En la sentencia C-955 de 2000, la Corte Constitucional, con fundamento en el derecho de acceso a la vivienda digna y el objetivo constitucional de democratización del crédito, dispuso que las tasas de interés bancarias aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado.

⁴²⁰ Sobre el grave problema que afronta Colombia en relación con el desplazamiento forzado interno por el conflicto armado, la Corte en la sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional, afirmó que existe un mínimo de derechos sociales, económicos y culturales que deben ser debidamente garantizados por el Estado para el logro de una subsistencia digna de dichas personas que están sometidas a situación de relegación, exclusión y violencia.

sí disponen de una amplia promoción de garantías jurisdiccionales que permiten sancionar su incumplimiento o vulneración, los derechos sociales carecen de las mismas.

Si los derechos sociales son posiciones jurídicas incorporadas en instrumentos tanto de carácter nacional como internacional⁴²¹ y, por ende, tienen una fuerza vinculante, lo son igualmente para el legislador, y su cumplimiento debe ser judicialmente exigible, sin que se entienda que se vulnera el principio democrático. Aún más, debido a la textura abierta que por lo general presentan las normas de derechos sociales, el legislador tiene un papel relevante en su concreción y realización, por lo cual su omisión frente a mandatos de hacer produce un efecto deslegitimador del mismo Estado constitucional⁴²². En este orden de ideas, la ausencia de garantías jurisdiccionales frente a las omisiones del legislador contraría la esencia del Estado constitucional⁴²³, puesto que, una vez positivados

⁴²¹ A través de la teoría de la inescindibilidad de los derechos, la referida Corte con apoyo en los pactos internacionales sobre derechos humanos, ha reconocido el carácter fundamental a los derechos sociales y prestacionales: sentencias T-016 de 2007 y T-585 de 2008.

⁴²² “[N]o solo el reconocimiento de los derechos y libertades define un Estado como Estado constitucional y democrático, en la actualidad, pues de nada sirve que la Constitución consagre un catálogo de derechos y libertades si, al mismo tiempo, no establece los mecanismos que permitan garantizar, al ciudadano, el ejercicio de los mismos; en otras palabras como diría Torres del Moral ‘los derechos valen jurídicamente lo que valen sus garantías’”: NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina, *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 347.

⁴²³ Guastini en debate con Ferrajoli pregunta: “¿en qué sentido corresponde una obligación a todo derecho subjetivo?” y propone que esa “correspondencia” solo puede consistir en que “un enunciado que atribuya un derecho (a un individuo) es traducible, sin pérdida de significado, en un enunciado diferente que imponga una obligación”. GUASTINI, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 57. Al respecto, es preciso señalar que para Guastini la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación sólo existe si el derecho está provisto de una garantía, esto es, un mecanismo de tutela efectiva. Así, el derecho subjetivo no es más que la correlación del deber impuesto a otro individuo, en efecto, si no existe un deber ajustado al derecho traducible en una sanción jurídica, el derecho no cobra existencia jurídica. De manera diferente, Ferrajoli afirma que una norma jurídica reconoce un derecho subjetivo si ha sido introducida legítimamente en el ordenamiento jurídico con observancia de los ritos impuestos por la producción jurídica. Si los derechos sociales contenidos en una ley fundamental, considerados derechos positivos vinculantes, se encuentran despojados de instrumentos de sanción, que los defiendan

como derechos constitucionales, deben ocupar un lugar privilegiado en el orden jurídico.

De esta manera, la ausencia de garantías jurisdiccionales de los derechos sociales fundamentales frente a la omisión legislativa⁴²⁴ conduce a la ineficacia de los mandatos o encargos constitucionales al legislador; no se trata de decir que un derecho sin garantías es un derecho inexistente o incluso inválido, como lo estimó Kelsen en su momento, sino un derecho sin efecto útil relevante. Si el Estado constitucional no instala un real y efectivo esquema de garantías de los derechos sociales, similar al que se produjo en el Estado liberal cuando se construyó la arquitectura de defensa de los derechos individuales clásicos, los derechos sociales fundamentales, pese a estar en la cumbre de las declaraciones universales y en las constituciones contemporáneas, en general, serán derechos inactuados e ineficaces⁴²⁵ y no se podría afirmar, como señala

ante una eventual omisión, debería pensarse que se trata de una laguna indebida y no de la inexistencia de un derecho, como lo propone Guastini. Por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 (artículo 53), impone al legislador adoptar una ley estatutaria sobre el derecho al trabajo para hacerlo efectivo, sin embargo, hasta ahora no ha sido expedida. ¿Es posible afirmar que en este caso el derecho de los trabajadores es inexistente o que el ordenamiento jurídico contiene lagunas derivadas de omisiones?, ¿esto significa que este derecho constitucional ha sido abrogado por una conducta silente del legislador?, o, mejor, ¿el derecho constitucional de los trabajadores ha sido transgredido por el legislador que tenía la obligación de garantizarlo a través de una ley estatutaria? La obligación jurídica de legislar se traduce en la necesidad de crear mecanismos efectivos para asegurar la satisfacción del derecho. Por lo anterior, el enunciado constitucional que positiviza el reconocimiento de un derecho social, no implica, en la generalidad de los casos, la existencia automática de garantías secundarias, sino la obligación de prever las técnicas de sanción que permitan la satisfacción del derecho para que no se convierta en un derecho inactuado o ineficaz.

⁴²⁴ Es conveniente precisar que el déficit de garantías judiciales de los derechos sociales refiere a la inexistencia de un instrumento en el derecho positivo que controle la inercia del Estado-legislador.

⁴²⁵ A esta conclusión se llegó en el encuentro de los tribunales constitucionales europeos en 2008, cuyo eje central de discusión fue los efectos de las omisiones del legislador. Este tema de la omisión ha sido una preocupación reiterada en la comunidad jurídica internacional, al menos desde 1971, cuando en dicho año se llevó a cabo un encuentro en Heidelberg de expertos constitucionalistas, con ocasión del décimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual uno de los temas centrales que convocó la atención fue las omisiones del legislador y su inconstitucionalidad. Entre las preguntas recurrentes se destacan las siguientes: ¿Es posible pensar que las omisiones

María José Añon Roig, que los seres humanos son sustancialmente iguales, dotados de capacidad para participar en la sociedad como ciudadanos plenos⁴²⁶.

El legislador, pilar fundamental del Estado constitucional legitimado por el principio democrático, está llamado a someter todas sus actuaciones al filtro de la justicia constitucional, la cual en ejercicio de su competencia debe velar por la guarda e integridad de la Constitución y su carácter supremo. A este tenor, si bien es cierto que no todo silencio del legislador constituye una omisión contraria a los parámetros constitucionales, no es menos cierto que algunos de los efectos de los silencios producen situaciones jurídicas contrarias al orden fundamental, es decir, existen omisiones que tienen la potencialidad de lesionar derechos fundamentales, cuestión que ha preocupado ampliamente a la doctrina constitucional⁴²⁷.

del legislador, ya sea relativas o absolutas, puedan ser objeto de un procedimiento en la jurisdicción constitucional?, ¿puede ser declarada como inconstitucional una omisión relativa del legislador o tiene que ser derogada la reglamentación legal incompleta por el tribunal constitucional?, ¿puede el tribunal crear autónomamente una determinada reglamentación, o su competencia debe limitarse solo a resolver en forma de sentencia declaratoria?. Así mismo, en el contexto americano en 1978 en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Constitucional celebrado en ciudad de México, se presentó la ponencia de Germán J. Bidart Campos “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en las que se hicieron reflexiones similares. Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES, Sergio, “Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México”, en *Anales de Jurisprudencia, Reedición de “Estudios jurídicos, México, tomo 138, 1970, p. 12*; RANGEL HERNANDEZ, Laura. *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, México, 2009, p. XXI.

⁴²⁶ Cfr. AÑON ROIG, María José, “Derechos humanos y obligaciones positivas” en *La eficacia de los derechos sociales*, María José Bernuz Benítez y Manuel Calvo García (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 68.

⁴²⁷ En el derecho español las contribuciones referentes a las omisiones legislativas son abundantes: El primer estudio fue de AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, n.º 24, 1987, pp. 9-30. Luego siguieron, entre otros: AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, enero-abril 1991, pp. 169-194; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*,

De igual manera, es un fenómeno inquietante el incumplimiento total o parcial de obligaciones de carácter internacional del Estado-legislador, cuando este no adecúa su ordenamiento interno o infringe las prescripciones del derecho internacional. El desconocimiento de una obligación internacional por una omisión del Estado-legislador puede ocasionar la lesión de un derecho de carácter fundamental que puede implicar, según el caso, el ejercicio de control por parte de los tribunales internacionales y, también, la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión.

De acuerdo con lo anterior, el objetivo específico de esta segunda parte es suministrar los fundamentos teóricos que permitan contrarrestar los efectos provenientes de las omisiones legislativas que vulneran derechos fundamentales. La pregunta principal que se pretende responder es: ¿cómo enfrentar las omisiones del legislador, bien sean absolutas o relativas, que producen efectos contrarios a los derechos fundamentales y, por ende, a la Constitución y a los tratados internacionales, al constatar en los ordenamientos jurídicos internos un déficit de garantías jurisdiccionales efectivas?⁴²⁸

Madrid, McGraw-Hill, 1997; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998. En cuanto al tratamiento de las omisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional español, ver: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, LexNova, 2000, y del mismo autor “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 81 y ss., entre otros.

⁴²⁸ Sobre esta problemática, ver: CASAS BAAMONDE, María Emilia. “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, en *Ponencia del Tribunal Constitucional de España, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilna (Lituania), mayo de 2008. www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc (20/12/2012); MORALES VELASQUEZ, Andrés, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, Ibañez, Bogotá, 2013. Esta publicación trata de los derechos sociales como derechos de vinculación positiva en el Estado constitucional y plantea el problema de una ausencia de garantías jurídicas para la satisfacción de estos derechos frente a las omisiones legislativas.

Si bien es cierto que la estructura genética del control objetivo de la Constitución, inaugurado en 1803 por el acto fundacional de la Suprema Corte estadounidense que creó el llamado *judicial review*⁴²⁹ y los aportes de Kelsen⁴³⁰ ha marcado una pauta importante en la medida que ha permitido controlar las acciones positivas del legislador contrarias a la Constitución, técnica ampliamente aceptada por los ordenamientos jurídicos contemporáneos de occidente, también lo es que todavía es insuficiente para contrarrestar el fenómeno problemático de la omisión legislativa, especialmente absoluta⁴³¹. Este fenómeno hoy más que nunca

⁴²⁹ Este es uno de los juicios más relevantes de la historia del derecho constitucional, en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos, presidida por el juez John Marshall, decidió que tenía la competencia para revisar las leyes de los representantes elegidos por los constituyentes primarios y de los Estados en el Congreso de la Unión y, en consecuencia, esta investida del poder de anular las leyes contrarias a la Constitución. Cfr. AHUMADA RUIZ, María Ángeles. "Marbury versus Madison, doscientos años (y mas) después", en *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Fundamentos n° 4, Junta General del Principado de Asturias, Juan Luis Resquejo Pagés (coord.), 2006, pp. 109-151; BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZALEZ GARCÍA, Julio, "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América", en *Boletín Oficial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España 2006; VALDES, Clemente. "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, n° 4, 2005.

⁴³⁰ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928), trad. R. Tamayo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

⁴³¹ En 1931, Kelsen planteó la posibilidad de que la norma constitucional también puede ser vulnerada por casos de omisión. En efecto, afirmó que "[l]a –violación– de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla." KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, p. 3. En este escrito se defiende la idea de asignar a un tribunal constitucional la defensa de la Constitución y se polemiza con la posición de Schmitt quien sostenía que dicha tarea debía de ser atribuida al jefe de Estado. Aquí de manera expresa reconoció la existencia de obligaciones constitucionales, susceptibles de ser desobedecidas por una conducta omisiva. Posteriormente, en la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen en concordancia con su pensamiento según el cual el derecho es un orden coactivo objetivo, planteó la dificultad de sancionar el incumplimiento del desarrollo legislativo establecido constitucionalmente. Afirmó que "la Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer

plantea serios interrogantes respecto al carácter integral del control de constitucionalidad que enmudece frente a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, especialmente sociales, cuando se trata de afrontar omisiones legislativas. En efecto, es claro que el Estado constitucional ha incorporado obligaciones positivas tanto de orden constitucional como de derecho internacional para los poderes públicos que por lo general requieren de la actuación del legislador; pero si este guarda silencio, se produce sin lugar a dudas una vulneración de la Constitución y del orden internacional. De tal manera, si bien el objeto del control de constitucionalidad no abarca, en principio, la inactividad legislativa como tal, por ser una esfera natural y propia del principio

caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito". KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, 11ª edic., Porrúa, México, 2000, p. 234. Cursivas fuera del texto. A continuación, señaló que es más eficaz excluir de la Constitución leyes de contenidos contrarios a la misma, como sucede con el catálogo de derechos fundamentales que "no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse". Años después, este planteamiento fue ratificado por dicho autor en: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1988, (4a. reimpr.), p. 310. Su reflexión la suscitó la Constitución Weimar de 1919, la que contenía varios preceptos relativos al contenido de leyes futuras sobre aspectos sociales. Sobre ellas afirmó: "Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas." KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 275. Esta posición conlleva a señalar los siguientes supuestos en que parece sustentarse. La ideología liberal clásica que propugna por la menor intervención del poder público en la sociedad, de allí la existencia de prescripciones constitucionales, como lo son los derechos fundamentales individuales, establecidos como límites al Estado y especialmente al legislador. Desde esta óptica, es impensable una acción positiva del Estado como promotor del bienestar social, lo que significaría una intromisión ilegítima en la libertad y en la autonomía de los asociados, y una regulación en tal sentido se la estimaría no jurídica en sentido estricto, sino al menos programática, es decir, no vinculante para el legislador; de allí que no constituya fuente de obligaciones y menos aún genere preocupación por buscar su cumplimiento. En cambio, el modelo del Estado social de derecho se sustenta sobre la base de la necesidad de la intervención estatal como reguladora y equilibradora de relaciones sociales y económicas inequitativas; en esta dirección se elevan a rango constitucional los derechos sociales y se crean instrumentos de acción estatal, con el carácter de verdaderas normas jurídicas destinadas a lograr eficacia.

democrático, en aquellos casos en los cuales se producen efectos normativos indeseados y contrarios a la Constitución y al orden internacional derivados del silencio, el juez está llamado, en virtud del respeto del principio de constitucionalidad y de supra-legalidad, a denunciar la ausencia de las normas exigidas por la Constitución⁴³² en aras de garantizar su supremacía jurídica, así como también a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, según el caso.

Por lo anterior, en primer lugar, a nivel *contencioso constitucional*, es necesario justificar la adopción de un instrumento que podría denominarse *control integral* de la Constitución, mediante el cual se buscaría combatir los efectos normativos que se desprenden de las omisiones legislativas, tanto absolutas como relativas, que atentan contra los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos tutelados. Y, en segundo lugar, a nivel de la *justicia contencioso administrativa interna*, estudiar si los efectos de la omisión del legislador podrían comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños antijurídicos que se le puedan imputar, y establecer las respuestas a esta problemática⁴³³.

TÍTULO I: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN EL CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL

⁴³² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 68; cfr. Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. IX.

⁴³³ Es preciso señalar que en relación con el control abstracto de constitucionalidad de la omisión legislativa a nivel interno se han producido importantes avances doctrinales y jurisprudenciales; sin embargo, respecto del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión del legislador a nivel interno, es un terreno casi inexplorado. Por lo anterior, es preciso estudiar primero las respuestas que el derecho internacional ha aportado al fenómeno de la omisión, las cuales permiten allanar el camino para la construcción y fortalecimiento de la responsabilidad estatal a nivel de la justicia nacional.

Con la llegada del Estado constitucional de derecho, las cartas fundamentales deberían conducir necesaria e inevitablemente a los ciudadanos al ejercicio pleno de sus derechos; sin embargo, los modelos de amparo jurídico de los derechos sociales de carácter fundamental debido a los comportamientos omisivos del legislador sigue siendo una asignatura pendiente. Si se reconoce que los derechos sociales son uno de los pilares axiológicos de legitimidad de una democracia constitucional, entonces el sistema de controles judiciales no solo debe tener por misión el construir un conjunto de garantías dirigido exclusivamente a las acciones positivas del legislador, sino también la protección y aseguramiento de los derechos sociales para que no sean quebrantados por conductas omisivas. Así, la legitimidad del Estado constitucional, democrático y social de derecho alcanzaría un nivel de consolidación importante, no solo por el respeto del principio democrático, sino también de los derechos sociales en general.

En razón de esta problemática, en el primer capítulo se analiza el fundamento que permite avanzar en la construcción de la garantía integral de los derechos fundamentales, en especial los sociales frente al problema de las omisiones legislativas, esto es, examinar los mecanismos jurisdiccionales por medio de los cuales se podría impugnar la vulneración a los derechos sociales derivados de la conducta omisiva del legislador; y en el segundo capítulo, se estudia el objeto y la sanción constitucional de dichas omisiones.

CAPÍTULO I: EL CIMIENTO DEL CONTROL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA: LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, se entrará a analizar el principio de la supremacía constitucional (1), para luego estudiar las obligaciones jurídicas dirigidas al legislador por la Constitución (2).

1. HACIA LA AFIRMACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La supremacía de la Constitución se presenta como un paradigma resultante del proceso de transición de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho (A), en el que uno de sus elementos basilares de legitimación es el respeto y la garantía de los derechos fundamentales (B).

1.1. El proceso de transición de un Estado legislativo a un Estado constitucional

La historia del constitucionalismo moderno tiene sus raíces en las revoluciones liberales protagonizadas por la burguesía hasta finales del siglo XVIII, con las revoluciones norteamericana, francesa e inglesa; fue en esta época cuando aparecieron los primeros textos que se conocen como *Constituciones de los Estados*⁴³⁴. Se trató de acontecimientos históricos decisivos para consolidar las bases de un nuevo modelo teórico de Estado, radicalmente opuesto al pretérito Estado teocrático y absolutista. En efecto, por una parte, el Estado dejó de ser concebido como una creación procedente de un orden divino, regido por principios religiosos o, si se quiere, fruto de una fundamentación transpersonal del poder, para entenderse como producto de la voluntad general de la comunidad de autodeterminarse y organizarse políticamente y, de otra parte, concebido como garante de los denominados derechos naturales y, por lo tanto, opuesto al ejercicio arbitrario y absoluto del poder.

⁴³⁴ Cfr. MORALES, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 115.

Dichos textos aportaron dos ideas centrales al concepto moderno de Constitución: *i)* que el poder político tiene límites y *ii)* que es necesario que los derechos y libertades individuales sean garantizados⁴³⁵.

Es así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 (artículos 2⁴³⁶ y 16⁴³⁷) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776⁴³⁸ asignaron al orden jurídico el objetivo proteger y asegurar los derechos humanos. La segunda idea basada en un instrumento internacional más reciente, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos

⁴³⁵ Cfr. ARAGON REYES, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n° 50, 1986, p. 22. Del mismo autor: “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 19, Madrid, 1987, p. 18.

⁴³⁶ “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...” (art. 2).

⁴³⁷ “Una sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución” (art. 16). Para un estudio de esta disposición, el proceso de gestación y su significación histórica, ver: CONAG, Gérard, DEBENE, Marc y TBOUL, Gérard (dir.), *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, Ed. Económica, París, 1993, pp. 331 a 342. Sobre el análisis de los logros e insuficiencias de la declaración de 1789, ver: HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, trad. I. Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998. Sobre los distintos proyectos y debates en la Asamblea Nacional francesa, ver: FUARÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995. De las diversas versiones sobre las declaraciones de derechos pueden consultarse: VARELA SUANZES, Joaquín (ed.), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, trad. I. Fernández Sarasola y otros, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 97-99, y PECES-BARBA, Gregorio, LLAMAS CASCÓN, Ángel y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 109, la cual contiene estudios y comentarios.

⁴³⁸ Apartes del preámbulo de la Declaración “...que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios...”

los miembros de la familia humana” y que, en consecuencia, es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”⁴³⁹. Por lo anterior, la génesis del constitucionalismo está íntimamente vinculada a condiciones históricas y concepciones políticas concretas.

El concepto del poder limitado ya se presentaba en algunas relaciones de la época pre-moderna en Europa, cuando los señores feudales lograron paulatinos pactos con la corona en los cuales el monarca se despojó de ciertas potestades y admitió sujetarse a reglas o, en otras palabras, reconoció determinadas garantías a favor de sus súbditos⁴⁴⁰; no obstante, fue en la revolución francesa y en el proceso de independencia norteamericano en donde la Constitución adquirió un concepto más preciso, al considerarse esta expresión como una emanación auténtica del ejercicio soberano del poder constituyente. Fue así como dos tendencias históricamente divergentes convergieron en la misma dirección: por una parte, la concepción del poder limitado que respetaba la tradición frente a las libertades públicas y, por otra, la doctrina del poder soberano del pueblo en autogobernarse sin sujeción a ninguna forma establecida.

En este sentido, las cartas de navegación vinieron a adquirir una jerarquía superior sobre cualquier otro ordenamiento, precisamente por ser fruto de la voluntad soberana del pueblo en autodeterminarse. Las revoluciones y las declaraciones de derechos estructuraron los derechos humanos a partir de una concepción liberal, cuyo eje de funcionamiento consistió en

⁴³⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948
Cfr. http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf (10/12/15).

⁴⁴⁰ Este es el sentido por el cual se expidieron documentos como la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215 y la *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra.

construir unos límites racionales al poder del Estado, el cual no podía interferir en las libertades de los individuos.

Ahora, desde un punto de vista teórico, la asunción de derechos fundamentales en una Constitución implicó no solo la limitación en el ejercicio del poder, sino también la inclusión de un soporte de garantías en favor de la protección de las libertades individuales⁴⁴¹, es decir, no se trataba de vínculos de carácter positivo u obligaciones de hacer a cargo del Estado, sino de la identificación de límites a su poder de intervención en la esfera de los individuos, una interdicción de lesión⁴⁴². Estas garantías se suscitaron como reacción contra los excesos cometidos por el absolutismo monárquico, y se proyectaron a fin de elaborar un zócalo de protección para los derechos inalienables del ser humano.

Pese a tener puntos de contacto convergentes, los desarrollos posteriores fueron distintos y aún disímiles en los dos escenarios anteriormente relatados, así:

Por una parte, la justificación política e ideológica de la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 residió en que emanaba directamente del poder constituyente de las excolonias inglesas que decidieron romper todo vínculo con la Corona Británica, por considerar que esta había degenerado en despotismo absoluto⁴⁴³. Era un acta fundacional

⁴⁴¹ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 77.

⁴⁴² Según Jellinek: “La limitación legal de aquellas esferas en que el Estado no debe penetrar, ha obtenido un valor universal y permanente. Hoy sabemos que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa; que no se fundan en una pretensión respecto de la acción, sino en la abstención del Estado. En esto además, única y exclusivamente, estriba su significación práctica”: JELLINEK, George, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de A. Posada, UNAM, México, 2000, p. 106.

⁴⁴³ Así se expresa en la Declaración de Independencia de 1776: “[C]uando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigidas invariablemente al mismo objetivo, demuestra

democrática dirigida a instituir un gobierno limitado, inspirado en un equilibrio entre poderes derivados y disciplinados por la Constitución, y destinada a garantizar la libertad de los ciudadanos; era la idea genuina de Constitución, vista, a la vez, como límite al ejercicio del poder y garantía de las libertades individuales⁴⁴⁴. Sobre estos dos pilares se estructuró la doctrina de la *judicial review*, entendida como el control de constitucionalidad por parte de los jueces sobre las leyes del parlamento, la cual se hizo explícita por el Tribunal Supremo en 1803 al resolver el caso *Marbury versus Madison* sobre la base de considerar que “la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la asamblea legislativa”⁴⁴⁵.

Por otra parte, la primera Constitución de la revolución francesa del 3 de septiembre de 1791 estableció un procedimiento agravado de reforma, proscribiendo su modificación por ley ordinaria (Título VII), con lo cual no solo le confirió a la norma constitucional una jerarquía superior, sino que sustrajo los el reconocimiento de derechos del debate democrático, primera manifestación de lo que se conoce actualmente como “esfera de lo indecible” o “coto vedado”. Igual sucedió con las Constituciones

el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad.”

⁴⁴⁴ Cfr. ARAGON, Manuel. “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *op. cit.*, p. 20. A su vez De Vega afirma: “En realidad, donde el pensamiento, por ejemplo, de un Locke, un Batel, un Burlamaqui o del mismo Montesquieu influyen de manera decisiva, no es en el establecimiento inmediato de la idea de la Constitución como *lex superior*, sino en la forja ideológica y social de los dos supuestos sobre los que inexorablemente surge la noción de poder constituyente. A saber: el principio democrático de soberanía popular y la idea de limitación del poder del gobernante, como poder constituido, en el marco de la democracia representativa. Una vez asentados socialmente esos dos postulados, es cuando la Constitución, se concebirá como ley suprema, a cuyo través, y en nombre del poder constituyente del pueblo, a lo que se aspira es a limitar el poder del gobernante. El gran mérito de la tradición americana consistiría, por lo tanto, en haber sabido establecer sin equívocos la titularidad y el ejercicio de ese poder soberano y constituyente del pueblo”: DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2ª reimpr., 1991, p. 39.

⁴⁴⁵ *Ibidem.*, p. 55.

subsiguientes de 1793, 1795 y 1799⁴⁴⁶, lo mismo con otras cartas constitucionales europeas de la época, como la española de 1812, la noruega de 1814, la portuguesa de 1822 y la belga de 1831⁴⁴⁷.

Al respecto, el abate Sieyès, considerado como uno de los más lúcidos intérpretes de la revolución, expresó claramente el alcance de la cláusula de modificación agravada de la ley fundamental sobre las ordinarias: “Estas leyes son llamadas ‘fundamentales’ no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación”⁴⁴⁸. Sin embargo, el desarrollo del proceso constitucional francés fue desdibujando la noción de supremacía constitucional y acentuando progresivamente el poder del legislativo, a quien se consideró que representaba directamente al pueblo y del cual emanaba la ley como expresión de la voluntad general, por lo tanto, era más que un mero poder constituido. Esto ya era evidente en la primera Constitución de 1791, construida en torno a la primacía del poder legislativo como garante de los derechos y de las libertades; de esta manera, se consideró que el poder legislativo tenía una naturaleza propia, ya que sus limitaciones más que constitucionales o legales eran políticas; es decir, mientras los representantes no fueren sometidos a la sanción política de la revocación, prácticamente no tenían límites; de esta forma se

⁴⁴⁶ Al respecto Jellinek expresa: “Todas estas Constituciones, incluso la de 1791, eran consideradas formalmente como leyes de un carácter superior, y así se expresa, al requerir para éstas la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana”. JELLINEK, George, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970, p. 396.

⁴⁴⁷ Cfr. ARAGON, Manuel. “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁴⁸ SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, trad. F. Ayala, Aguilar, Madrid, 1973, p. 76.

respondió a la necesidad, indicada por Rousseau, de mantener bajo control a los otros dos poderes el ejecutivo y el judicial, “de tal manera que impidiesen que la voluntad general, contenida en la ley, pudiese ser traicionada, o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos, jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y de ejecutarla”⁴⁴⁹. Si bien Sieyès propuso, sin éxito, la creación de un jurado constitucional cuya función debía ser la defensa de la carta constitucional de las violaciones de los poderes constituidos⁴⁵⁰, se impuso la necesidad de reafirmar el carácter predominante y concentrado de la voluntad general expresada en un fuerte positivismo jurídico, puesto que lo que se buscaba no era limitar el poder del legislador (siempre tentado a abusar de sus funciones como así se reflexionó en Norteamérica), sino demoler el antiguo régimen y construir legislativamente un orden nuevo⁴⁵¹.

De esta manera, el movimiento revolucionario francés aportó al constitucionalismo europeo del siglo XIX las ideas de supremacía de la ley y el principio de igualdad formal, entendido este como igual sometimiento de todos al orden legal, de lo cual se dedujeron las características de generalidad, impersonalidad, y abstracción. Se trató entonces de un modelo institucional de legitimidad fundado sobre la legalidad. La ley así entendida conllevaba una vocación de perdurabilidad, que proporcionaba

⁴⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución...*, op. cit., p.117.

⁴⁵⁰ Según la propuesta de Sieyès, el jurado constitucional debía componerse de 108 miembros nombrados fundamentalmente por el poder legislativo. Este jurado por su naturaleza y complejidad en su extensión, estaba lejos de asimilarse a un verdadero tribunal constitucional. Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, op. cit., p. 119.

⁴⁵¹ Al respecto, Gaona Cruz comenta: “El liberalismo nació contra el Estado, contra el poder. Una vez logrado el poder, busca mantenerse en él a pesar de las contradicciones de su ideología (...) Se estableció entonces que la ley, votada por el parlamento, sería en adelante el marco exclusivo al interior del cual se ejercería la libertad de los gobernados. La libertad no existiría ya sino por la ley, en ninguna forma contra ella. Se instituyó el derecho positivo como asidero fundamental del poder y de la libertad, relegando la trascendencia anterior del derecho natural. Quedó así invertida la filosofía que sobre la libertad había preconizado la burguesía antes de la toma del poder político”: GAONA CRUZ, Manuel, *Estudios constitucionales*, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1988, p. 100.

una garantía para la seguridad jurídica y la estabilidad política que tanto reclamaban en Europa la burguesía y sectores conservadores y monárquicos, frente al temor que despertaba el protagonismo que había adquirido el pueblo en ejercicio del poder constituyente.

En estas condiciones se consolidó durante el siglo XIX el Estado legislativo, designado bajo la concepción alemana como *Rechtsstaat*, expresión lingüística que no tiene correlatos en otros idiomas, y, aunque Alemania no logró realizar una revolución burguesa, significó el sometimiento del Estado a un régimen de derecho. La expresión “Estado de derecho” comenzó a ser utilizada por varios autores, entre ellos Carl Th. Welcker (1813), Christoph Freiherr von Aretin (1824) y Robert von Mohl (1829), quienes le atribuyeron una connotación particular, “Estado de la razón”, “Estado del entendimiento”, “en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general”⁴⁵².

Una de las características del régimen del Estado de derecho consiste precisamente en que frente a los administrados la autoridad no puede usar sino los medios avalados por el ordenamiento jurídico vigente y, en particular, por las leyes. Esto implica dos cosas. Por una parte, la autoridad administrativa, cuando entra en relación con los administrados, no puede ir en contra de las leyes existentes ni separarse de ellas, puesto que está sometida al respeto de la ley. Por otra, en el Estado de derecho la autoridad administrativa no puede imponer nada a los administrados sino en virtud de una ley, en otras palabras, no puede aplicar en consideración suya, sino las medidas previstas explícitamente por la ley⁴⁵³. En efecto, se trata “[de] una legitimidad procedimental y reflexiva,

⁴⁵² CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3 ed., París, 1999, pp. 71-75 (traducción libre).

⁴⁵³ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, t. 1, París, 1920, CNRS, 1962, pp. 488-493, obra traducida al español por J.

(...) se da indudablemente una racionalización del derecho y del ejercicio del poder, pero tal proceso no implica la formación de una sociedad de acuerdo a principios humanistas –como lo deseaba la filosofía de la ilustración– sino simplemente el funcionamiento de las esferas políticas y jurídicas de acuerdo a reglas calculables y previsibles”⁴⁵⁴.

En consecuencia, el Estado de derecho aparece sometido a un régimen de derecho racional, en virtud de tal subordinación, la maquinaria del Estado solo puede engranarse e interrelacionarse con los administrados a través de los medios autorizados por la ley. En esa medida, todo uso del poder al margen de la habilitación jurídica es ilícito, por tanto, toda acción material debe estar soportada en una norma jurídica; el eje fundamental de construcción del Estado de derecho es la ley. En esto consiste entonces la racionalización formal del derecho, un modelo burocrático que interactúa con los administrados única y exclusivamente a través de los canales de la ley.

En tal sentido, el Estado de derecho se somete a un régimen de derecho racional y, en virtud de tal subordinación, la maquinaria del Estado solo se interrelaciona con los administrados a través de los canales de diálogo impuestos por la ley. Este modelo de Estado denominado, igualmente, como liberal clásico por su carácter marcadamente individualista y formal⁴⁵⁵ se caracterizó principalmente por: *i*) someter el poder a los términos del derecho con el objeto de controlar su ejercicio arbitrario; *ii*)

Lión Depetre: CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2 ed., FCE-UNAM, México, 1998, p. 1327.

⁴⁵⁴ UPRIMNY, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, op. cit., p. 38.

⁴⁵⁵ Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 4ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1991, p. 22. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública, Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 29 y ss.

situar a la ley como máxima expresión de la soberanía popular; *iii*) otorgarle a la ley en el sistema de fuentes la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico; y *iv*) condicionar la validez del derecho a requisitos de forma.

Dicho modelo de Estado-racional actúa de acuerdo con unas reglas previamente establecidas. A propósito, Ferrajoli expone con claridad el alcance del “Estado de derecho” en sentido lato, débil o formal, esto es, se trata de cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este orden de ideas, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal⁴⁵⁶. Según esta precisión, en la medida en que los órganos del Estado de derecho se someten a una habilitación jurídica reconocida por el ordenamiento jurídico, se establece tácitamente una jerarquía normativa que afirma el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente⁴⁵⁷.

Los derechos humanos en su concepción negativa se traducen en límites a la interferencia del Estado en el ámbito de los individuos; la fuente primigenia de derecho no se encuentra en la voluntad discrecional del monarca, característica principal del despotismo, el Estado de derecho se fundamenta en el principio de representación que evoca la soberanía popular, y se concreta en una asamblea parlamentaria de la cual emana la

⁴⁵⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

⁴⁵⁷ Al respecto, Tocqueville realiza una afirmación bastante fuerte: “el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones del derecho natural racional “objetivo” que habían sido su trasfondo y justificación”. TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856), trad. D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1982, p. 58, citado por ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 25.

ley como fuente viva de derecho;“la ley es el acto normativo supremo e irresistible al que en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma o fundamento”⁴⁵⁸.

En consecuencia, la teoría del Estado de derecho liberal clásico se manifiesta como un andamiaje ideológico, erigido sobre un sistema de representaciones cuya razón de legitimación es originado por una democracia representativa. La matriz de este modelo de organización política, fundado en el positivismo jurídico, se encuentra en el derecho, que es un canal idóneo para la dogmática jurídica, el cual permite a través de la democracia representativa, la preservación de las libertades individuales, gracias a su transformación en verdaderos derechos subjetivos, que son los derechos civiles⁴⁵⁹.

La producción jurídica se concentra en un solo estadio, el estadio legislativo, su influencia es de tal magnitud que las fuentes del derecho son absorbidas predominantemente por la ley. El poder tiene por obligación atravesar el canal de la ley, la cual lo legitima, lo transforma y lo plasma en una garantía a favor del individuo, al igual que en una prohibición para el Estado de lesionar el conjunto de derechos civiles; este proceso de transformación del poder por la ley, constituye la sustancia del Estado legislativo de derecho.

⁴⁵⁸ *Ibidem.*, p. 24. Según Mayer la ley se convierte en la mejor forma de garantía frente al poder que se concreta como: *i)* la supremacía de la ley sobre la administración; *ii)* la subordinación exclusivamente a la ley de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; *iii)* la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la administración. Cfr. MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán(1904)*, trad. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, vol. I, Buenos Aires, 1982, p. 72.

⁴⁵⁹ Cfr. LOSCHAK, Daniel, “Le principe de légalité”, en *AJDA*, 1981, p 387. Según este autor el Estado de derecho liberal se basa en el “fetichismo de la norma”.

En síntesis, la historia muestra cómo el absolutismo monárquico cedió ante un Estado de derecho que identificó su centro de gravedad en la supremacía de la ley y reconoció sus límites frente a las libertades individuales. De esta manera, se dio el paso de un modelo absolutista, cuya soberanía estaba asentada en el monarca, a un modelo de absolutismo legislativo, en el que el imperio de la ley se constituye en la garantía única contra el ejercicio discrecional y arbitrario de sus gobernantes.

El fin era asegurar la existencia de una órbita de autonomía individual, lo cual no significó el desarrollo de una función positiva del Estado, salvo la garantía de que nadie –ni siquiera el mismo poder público– pudiese invadir esa órbita privada⁴⁶⁰. Siguiendo a Salgar se puede sostener que el Estado liberal surge como resultado de un deseo de los liberales de apoderarse de la soberanía popular, y de ponerla al servicio de su causa: el establecimiento de un sistema normativo basado en el principio de la igual distribución de derechos y garantías entre los individuos⁴⁶¹. Estas circunstancias hicieron que Schmitt calificara a la teoría del Estado de derecho como una expresión del “pensamiento liberal burgués”, que favorece sistemáticamente la defensa del individuo en detrimento de los intereses de la colectividad⁴⁶².

La crisis del Estado decimonónico fue inexorable. La ley no logró convertirse en una garantía efectiva contra el ejercicio arbitrario del poder

⁴⁶⁰ UPRIMNY, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, op. cit., p. 57.

⁴⁶¹ SALGAR VEGALARA, Luis Jaime, “El costo de los derechos sociales”, en *Precedente*, 2002, p. 96.

⁴⁶². Al respecto afirma: “el imperio del derecho no significa otra cosa que la legitimación de un determinado status quo en cuyo mantenimiento están interesados todos aquellos cuyo poder político o ventaja económica poseen su estabilidad en el seno de ese derecho.”SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político* (1932), versión de R. Agapito, Alianza, Madrid, 1991, p. 95.

y fue incapaz de asegurar la intangibilidad de valores y principios esenciales de la sociedad y del ordenamiento jurídico⁴⁶³, lo que presionó el surgimiento de un nuevo modelo con un sistema normativo superior, vinculante, estable e indisponible para las mayorías políticas coyunturales. Es así, cómo surgió un nuevo modelo de Estado, el Estado constitucional, cuyo eje central es la Constitución como norma jurídica vinculante para todo el poder público, incluso para el legislador.

En Europa fue en la primera postguerra del siglo XX cuando se empezó a redefinir el concepto de Constitución, a partir de las contribuciones teóricas de Kelsen y la implantación del control concentrado de constitucionalidad realizado por un órgano judicial especializado, tomando como punto de referencia el control “difuso” norteamericano⁴⁶⁴, aunque diferente. Este modelo de control judicial evolucionó posteriormente, como se constata en algunas Constituciones de la posguerra como la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1948, que reaccionaron contra la perversión del ordenamiento jurídico vivida en regímenes totalitarios (nazismo y fascismo)⁴⁶⁵. El modelo de justicia constitucional propuesto por Kelsen⁴⁶⁶ sirvió como base a la justicia

⁴⁶³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

⁴⁶⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Temis, Bogotá - Lima, 2008, pp. 78 – 79.

⁴⁶⁵ “Será en la segunda postguerra cuando se extienda la técnica de la justicia constitucional, especialmente por obra de las constituciones italiana y alemana, que intentaron reaccionar contra la experiencia de “perversión del ordenamiento jurídico” vivida por la etapa totalitaria de la que entonces salen y que, por ello, quieren asegurar la pervivencia de los valores democráticos constitucionales y, especialmente, de los derechos fundamentales solemnemente proclamados. Las dos constituciones adoptan, la técnica estructural del sistema austriaco-kelsenaiano, la concentración de la estimación de inconstitucionalidad, pero no el resto de las concepciones del mismo, aceptando en cuanto al aspecto normativo de la constitución el principio americano de la supremacía”. *Ibidem*, p. 79.

⁴⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Iusnaturalismo, Positivismismo y Control de la Ley. Los Presupuestos Históricos, Ideológicos y Doctrinales de la Jurisdicción Constitucional”, en *Fundamentos n.º 4: La Rebelión de las Leyes Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Coordinador Juan Luis Resquejo Pages, Junta General del Principado de

constitucional europea después de la segunda guerra, pero solo en algunos aspectos estructurales y procesales, por cuanto los tribunales constitucionales implementados responden más al modelo norteamericano del *judicial review*⁴⁶⁷.

La transición de un Estado legislativo a un Estado constitucional implicó la reivindicación normativa de la Constitución como forma de vinculación del poder público al derecho, frente a la cual la ley se somete a una relación de adecuación y de subordinación a una escala más alta de derecho regida por la misma Constitución. Así -siguiendo a Benda⁴⁶⁸-, la diferencia

Asturias, 2006. pp. 99-100. Señala el autor: “En resumen, creo que el modelo kelseniano de justicia constitucional pretendió expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del derecho europeo una vez que la constitución ya no se concibe en termino retóricos, aunque tampoco todavía como fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos. La configuración del tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador en consonancia con el modelo europeo de Estado de Derecho. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces. Ni Kelsen ni la Constitución austriaca de 1920 llegaron a concebir una norma generadora de derechos y obligaciones capaces de imponerse al legislador mediante una garantía judicial”.

⁴⁶⁷ Al respecto, Prieto Sanchíz comenta: “Salvo el aspecto estructural de la jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*. Son varias las transformaciones relevantes sufridas por el primitivo modelo austriaco, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, el primero y el que más poderosamente llama la atención, se cifra en el contenido mismo del documento constitucional, que ha dejado de ser norma organizativa o procedimental para convertirse en una norma principal o rematerializada. Y en segundo lugar, unido a lo anterior, la apertura de la justicia constitucional a los discursos aplicativos, a la resolución de casos concretos, lo que supone tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser exclusivamente un juez abstracto, como que los Tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad”. *ibidem*. p. 100.

⁴⁶⁸ Cfr. BENDA, Ernst, “El Estado social de Derecho”, en Benda y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2º edic. en castellano, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487 a

cardinal de estos dos modelos de Estado radica en que mientras el Estado de derecho formal sólo tiene como límites la sujeción a las formas y procedimientos, la vertiente material del Estado de derecho tiene como límites la sujeción tanto a formas como a contenidos⁴⁶⁹. Empero, si solo se exige el acatamiento de formas o procedimientos para la creación, la interpretación y la aplicación del derecho, se debe admitir que el legislador no puede desconocer derechos y nunca produce daños, lo cual no significaría un límite real al ejercicio de la función legislativa, por cuanto al amparo de una producción normativa respetuosa de procedimientos puede aparecer la injusticia o la violación de derechos en grado sumo; así lo ha demostrado la historia reciente, como sucedió con el régimen nacionalsocialista en Alemania, que respetando las formas establecidas se erigió un régimen político y un ordenamiento constitucional arbitrario y despótico⁴⁷⁰.

Ahora, desde el punto de vista del contenido democrático existen variaciones sustanciales en los dos modelos: (i) en el Estado legislativo de derecho, la democracia significaba exclusivamente supremacía de la

493. Según este autor “[l]as características del Estado de derecho formal son esencialmente la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la Administración, la plena tutela judicial frente a cualquier intervención administrativa y la expectativa de indemnización en supuestos de intervención en el patrimonio privado”.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 488.

⁴⁷⁰ Antes de la segunda guerra mundial no existía un compromiso normativo claro con el sistema de valores prohijados por la Constitución, ya que el modelo democrático-liberal fundado sobre un esquema de garantías constitucionales era susceptible de sufrir alteraciones. De ahí que regímenes totalitarios como el nazismo o el fascismo encontraron terreno fértil para desconocer cualquier influencia constitucional de origen democrático-liberal a través de lo que se conoce como “el fraude constitucional” (LIET-VEAUX, Georges, “La fraude à la Constitution”, en *R.D.P.*, 1942, p. 116). Según de Vega, el fraude a la Constitución es un procedimiento de reforma que sin romper con el sistema de legalidad, se producen cambios sustanciales en el régimen político y en el ordenamiento constitucional. Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 291. Por ello, el constitucionalismo de la posguerra tiende a priorizar un constitucionalismo de contenidos, cuyo fin consiste en impedir que por la vía formal de la democracia se desconozcan y vulneren los contenidos auténticos de la Constitución.

mayoría y predominio de la soberanía popular, es decir, un gobierno de las mayorías; (ii) en el Estado constitucional existe un concepto de democracia tanto instrumental como material fundado en el respeto de criterios básicos de convivencia pacífica, de justicia y de ética pública que se concretizan en disposiciones constitucionales, por lo que se cualifica la democracia, ya que las determinaciones adoptadas en su seno no lo pueden todo al existir límites sustanciales que van más allá del respeto a las formalidades.

En el nuevo paradigma constitucional el legislador se encuentra en una relación de sujeción frente a la fuerza vinculante de la Constitución, y esta a su vez le confiere legitimidad al principio democrático por ser uno de sus componentes basilares; no obstante, a pesar de su posición privilegiada frente al ordenamiento jurídico y al sistema de fuentes, sus actos no se encuentran revestidos de un manto inexpugnable de irresponsabilidad, como en la época del Estado-legislativo y, por ende, tanto estos como sus omisiones deben estar sujetos a control jurisdiccional⁴⁷¹ en la medida que pueden afectar derechos fundamentales y eventualmente ocasionar daños antijurídicos.

1.2. Hacia la construcción de la fuerza normativa de la Constitución

Después de estudiar la génesis y evolución del Estado liberal a través de las revoluciones burguesas, las cuales edificaron los derechos humanos sobre una concepción legicentrista con un enfoque de interdicción de lesión, se abordará el cambio sustancial que ha significado la dimensión normativa que adquiere la Constitución, en la que los derechos fundamentales son un pilar axiológico de legitimidad de la democracia constitucional (1), la fuerza vinculante para el legislador (2) y, finalmente,

⁴⁷¹ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", en *RAP*, n° 68, pp. 57-136.

un estudio del fenómeno de la omisión del legislador, visto como una disfuncionalidad de dicho modelo (3), el cual exige desde un punto de vista teórico una redefinición conceptual de sus contornos (4).

1.2.1. La dimensión normativa de la Constitución: los derechos fundamentales factor de legitimación de la democracia

La crisis del Estado de derecho legislativo de base liberal e individualista no es más que la crisis de la ley que no logra responder a los grandes conflictos de la realidad social y económica. Es la constatación de que la ley, lejos de ser una expresión de la voluntad general, es la emanación de una mayoría contingente, interesada y dispersa⁴⁷². Esto significa que la infalibilidad de la ley, prurito del positivismo jurídico y garantía de estabilidad en el Estado de derecho durante el siglo XIX, es puesta en tela de juicio al no cumplir su rol central de catalizador del ejercicio del poder. La ley no asegura una cohesión social durable, “sino que [se convierte en una] manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; (...) no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables”⁴⁷³. Ideológicamente, todo indica que la ley fue concebida para regir sociedades homogéneas, en las que se predicaba una igualdad formal; sin embargo, su sustento fue puesto en cuestión por “ordenamientos jurídicos sectoriales o territoriales”, relegados por los raseros de la uniformidad; la inconformidad creciente de grandes sectores sociales excluidos, las reivindicaciones de trabajadores y asociaciones sindicales y la insatisfacción de necesidades colectivas, que no encontraron eco en el monismo normativo del siglo XIX, pusieron en cuestión y desafiaron la fuente jurídica del Estado liberal.

⁴⁷² Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 55.

⁴⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 38.

Si bien la concepción de uniformidad de la ley prohió por lineamientos de unidad e igualdad formal, en realidad se pretendía desconocer la existencia de importantes tensiones generadas por el pluralismo y la heterogeneidad de la misma sociedad. La uniformidad, uno de los pilares del proyecto político de Estado-Nación, terminó diluyéndose y, como consecuencia de las tensiones con una sociedad heterogénea⁴⁷⁴, se cuestionaron los parámetros ideológicos del modelo en el cual los derechos estaban sometidos a una igualdad formal a través de la óptica de la ley.

Las tensiones disgregadoras que afectaron al derecho en el Estado liberal se expresaron en dos vertientes⁴⁷⁵: (i) una perspectiva interna, ya que en su expresión y contenido, la ley dejó de ser la forma general y abstracta de expresión de una sociedad homogénea e internamente pacífica, y pasó a convertirse en una “manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no siendo el final sino la continuación de un conflicto”⁴⁷⁶. La ley, que era, en principio, elemento unificador y coherente de la voluntad general, pasó a ser vista como un acto personalizado, impregnado de intereses sociales y políticos y, por lo tanto, susceptible de ser criticado por su alcance parcializado; (ii) una perspectiva externa, toda vez que frente al intento de unificación del derecho en unas pocas leyes codificadas, característico de la imagen positiva del derecho, llegó un momento en que la ley no pudo abarcar todas las funciones derivadas de las necesidades y reivindicaciones sociales.

La crisis del Estado de derecho en su forma liberal se tradujo en una parálisis de la jerarquía normativa gobernada hasta entonces por la ley.

⁴⁷⁴ Cfr. POURHIET, Anne-Marie, “Discriminations positives ou injustice?”, *R.F.D.A.*, 1998, p. 519.

⁴⁷⁵ Se sigue la descripción de las tensiones del Estado-liberal formulada por PEÑA FREIRA, Antonio, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, 1992, p. 38.

Como afirma Chevallier, el Estado de derecho tuvo que reinventarse a partir de su dimensión sustancial que lo aproximara a la versión británica del *rule of law*: el Estado derecho no evocaba sólo una cierta concepción del orden jurídico, sino también una serie de derechos fundamentales⁴⁷⁷; la noción formal se enriquece de esta manera con una noción material o sustancial⁴⁷⁸, es decir, el Estado de derecho en un sentido fuerte o sustancial designa sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley, no sólo en lo relativo a la producción formal del derecho sino también a sus contenidos⁴⁷⁹. La transición de un Estado legislativo a un Estado constitucional implica, por ende, la reivindicación normativa de la Constitución como forma de vinculación al derecho del poder público: “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la [misma] Constitución”⁴⁸⁰.

La dimensión normativa de la Constitución significa una escala de juridicidad superior, es decir, de supremacía dentro del sistema normativo en la que reposa un instrumento vinculante e indisponible para el poder público. De esta manera, “las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a los efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”⁴⁸¹. Este carácter vinculante se expresa en la posición jerárquica que ocupa la Constitución frente a la ley y a todo acto infraconstitucional, una relación de subordinación entre estas dos formas

⁴⁷⁷ Cfr. CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3e édition, París, 1999, p. 71.

⁴⁷⁸ Cfr. FROMONT, Michel, “République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit”, en *Revue du droit public*, n°5, 1984, pp. 1203 y ss.

⁴⁷⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 39.

normativas⁴⁸²; así las cosas, la Constitución se sitúa por encima del poder público, y está sustraída al poder de las mayorías, de tal suerte que la Constitución, contrariamente a lo que sucedía en el Estado liberal en el que se podía fácilmente disponer y erosionar normas constitucionales gracias al poder de las “facciones mayoritarias”⁴⁸³, no queda sometida al albur político; la consolidación de la Constitución como norma jurídica vinculante, dotada de una fuerza jurídica jerárquicamente superior, encuentra su razón de ser en la edificación de un “conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”⁴⁸⁴. Hoy es un factor común la formación de una cultura jurídica que establece el centro de gravedad en la Constitución como norma jurídica suprema, vinculante jurisdiccionalmente y limitante del poder público.

Es preciso recordar que antes de la segunda guerra mundial no existía un claro compromiso normativo con el sistema de valores prohijados por la Constitución, ya que el modelo democrático-liberal fundado sobre un esquema de garantías constitucionales era susceptible de sufrir alteraciones. De ahí que regímenes totalitarios como el nazismo o el fascismo encontraron terreno fértil para desconocer cualquier influencia constitucional de origen democrático-liberal a través de lo que se conoce como “el fraude constitucional”⁴⁸⁵. En este sentido, las Constituciones de

⁴⁸² Cfr. FAVOREU, Louis y otros, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. “Précis”, París, 1998, p. 83.

⁴⁸³ GARGARELLA, Roberto, “Teoría de la democracia, los derechos jurídicos y sociales”, en *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*, INECIP, 2006, p. 75.

⁴⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁸⁵ LIET-VEAUX, Georges, “La fraude à la Constitution”, en *R.D.P.*, 1942, p. 116. Según de Vega, el fraude a la Constitución es el procedimiento de reforma utilizado para que “sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente”: DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 291.

la época no pudieron hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional y, por ende, el mismo complejo de garantías, derechos y división de poderes, quedó huérfano, y se impusieron regímenes no democráticos, porque la ley confería, incluso de la manera más antiliberal, la legitimidad al poder público. La democracia, principio fundacional del Estado constitucional, es, entonces, atacada por totalitarismos, que fueron legitimados por el mismo sistema de democracia formal⁴⁸⁶, es decir, esta democracia fue cercada por la instrumentalización del poder cuyo signo de legitimación estaba orientado por la regla de las mayorías que alteraron sustancialmente los contenidos del modelo democrático⁴⁸⁷. Por esta razón, tras la segunda guerra mundial, el positivismo jurídico fundado tradicionalmente sobre la base del principio de la legalidad, norma de reconocimiento del derecho existente, es sometido a un proceso de transformación consistente en un cambio de paradigma: el sometimiento de la legalidad a la Constitución. De esta manera, el constitucionalismo de la posguerra tiende a priorizar un sistema de contenidos, cuyo fin consiste en impedir que por la vía formal de la democracia, esto es, de las mayorías se desconozcan y vulneren los contenidos fundacionales de la Constitución.

Así, la Constitución, fundamento soberano del ordenamiento jurídico, limita el poder y, en esa medida, preserva un núcleo intangible de los derechos fundamentales que no tolera las invasiones patrocinadas por las mayorías. La esfera de lo intangible exige la exclusión de asuntos fundamentales de

⁴⁸⁶ Cfr. RAMIREZ CLEVES, Gonzalo, "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n° 18, junio, Bogotá, 2006, pp. 1-32.

⁴⁸⁷ En relación con América Latina, Bernal Pulido sostiene que en muchos casos la democracia formal era sólo una fachada que posibilitó el imperio del peor de los autoritarismos: "*el autoritarismo de baja intensidad, que se esconde tras el ejercicio de las funciones democráticas y de este modo logra perpetuarse y hacerse inmune a la crítica*". BERNAL PULIDO, Carlos, "La democracia como principio constitucional en América Latina", en *Cuestiones constitucionales*, n° 17, julio-diciembre 2007, pp. 32.

la deliberación parlamentaria; como afirma Garzón Valdés “[l]os derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una Constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho”⁴⁸⁸.

Si en el modelo del Estado liberal, el ejercicio del poder público solamente era limitado por la ley, en el Estado constitucional este poder para acceder a una impronta de legitimación se debe someter a unos presupuestos materiales de derecho, los derechos fundamentales, no sólo como imperativos axiológicos, sino también como criterios políticos de legitimación del poder público. Así, los derechos fundamentales son un límite negativo y positivo a la fuente formal de producción del derecho, encargado de definir un perímetro de legalidad frente al cual el principio democrático debe abstenerse de decidir en unos casos y no inhibirse en otros.

La ley constituyó el eje de fundamentación del Estado legislativo de derecho; no obstante, las Constituciones rígidas después de la segunda mitad del siglo XX instalaron un nuevo paradigma, el Estado constitucional de derecho; si el Estado liberal afirmaba su fuente de legitimación en el legislador, el Estado constitucional afirma su supremacía en la Constitución, norma jerárquicamente superior, ubicada en el vértice de la jerarquía de fuentes y vinculante desde una perspectiva sustancial para el legislador⁴⁸⁹. Así, para Ferrajoli, bajo la concepción de este modelo de Estado, una ley puede ser formalmente válida y por ende vigente, pero

⁴⁸⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia” en *Doxa*, n.º 6, 1989, p. 162.

⁴⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, Vol. I, Teoría del derecho, p. 801; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2 Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, p. 31.

puede ser sustancialmente inválida por defraudación a los contenidos de las normas constitucionales sustanciales. Según este autor, mientras la legitimación formal se refiere a los sujetos y procedimientos de la actividad de producción jurídica, y que se puede denominar principio de legalidad formal o de simple legalidad, la legitimidad sustancial se refiere a los límites y los vínculos impuestos a los contenidos de la producción jurídica, denominado principio de legalidad sustancial o de estricta legalidad, el cual establece un nexo eficiente entre la ley y los principios establecidos por la Constitución⁴⁹⁰.

En suma, las características del Estado constitucional de derecho se pueden resumir, así⁴⁹¹: i) *La fuerza normativa de la Constitución como norma suprema*. En el marco del constitucionalismo de los derechos, la Constitución no se concibe en absoluto como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo programático o de buenas intenciones, sino como una norma jurídica eficaz con vocación organizadora, dotada de fuerza superior en razón a su posición preeminente de norma suprema; (ii) *La rematerialización constitucional*. Al texto fundamental se incorporan no solo normas formales de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y positivos; lo decisivo en este tipo de vínculos es que no regulan ni el quién ni el cómo de las decisiones legislativas, sino precisamente su contenido, esto es, *qué* es lo que puede y no puede ser decidido (vínculo negativo), incluso en algunos casos *qué* debe ser decidido (vínculo positivo); (iii) *La garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución*. La garantía judicial no es más que el corolario de la fuerza normativa de la Constitución: si esta es una norma, entonces

⁴⁹⁰ *Ibidem.*, p. 29.

⁴⁹¹ Se sigue la caracterización expuesta por Luis PRIETO SANCHÍS en *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 25.

su cumplimiento se puede reclamar ante los órganos judiciales; (iv) *Rigidez constitucional*. Si bien una rigidez especial no es condición por sí misma de la supremacía constitucional, no cabe duda de que las distintas vías que condicionan la reforma del texto contribuyen a fortalecer su vigor frente a los poderes constituidos⁴⁹².

En relación con el nexo entre el proceso de formación de las decisiones políticas y el modelo de Estado constitucional, los derechos fundamentales inciden, como se afirmó anteriormente, mediante un conjunto de límites y de vínculos llamados también “fundamentales”, impuestos a los poderes públicos y privados⁴⁹³; en otras palabras, al estar estos sustraídos a las decisiones políticas, disponen límites y vínculos a la realización del principio democrático, es decir, a los poderes mayoritarios.

Por ende, existe una dimensión sustancial de los derechos fundamentales introducida en el modelo de Estado: “los derechos tanto de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador, son sustanciales, precisamente por ser relativas no a la “forma” (al quién y al cómo) sino a la “sustancia” o “contenido” (al qué) de las decisiones (o sea, al qué no es lícito decidir o no decidir)”⁴⁹⁴. Para Ferrajoli si las reglas sobre la representación política son *normas formales* sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente *decidible*, los

⁴⁹² Un estudio crítico sobre los diferentes procedimientos agravados de reforma a la Constitución y las diferentes técnicas procesales que miden el grado de rigidez constitucional, desde cláusulas pétreas o intangibles hasta las que contemplan que una simple ley ordinaria puede entrar a modificar normas constitucionales, ver: LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, n. ° 24, 2001, pp. 465 a 469.

⁴⁹³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 1 Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2011, p. 774.

⁴⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, *op. cit.*, p. 51.

derechos fundamentales circunscriben lo que el denomina *esfera de lo indecidible*⁴⁹⁵.

Así las cosas, las esferas posibles del ejercicio del principio democrático son, a saber: *i) La esfera de lo decidible*. Las reglas sobre la representación política y autonomía negocial son normas de rango formal sobre la producción de las decisiones en lo relativo a aquello que es decidible por el legislador; *ii) La esfera de lo indecidible* viene determinada por los límites y por los vínculos impuestos a todos los poderes públicos, incluido el legislador; de ahí que la Constitución delimita un núcleo intangible o “coto vedado”⁴⁹⁶ de los derechos y excluye determinados asuntos de las posibilidades de decisión del poder político⁴⁹⁷, lo que se traduce en un núcleo material indisponible para el legislador, pues no puede ingresar a esta esfera, a riesgo de incurrir de manera ilícita en una deslegitimación del principio democrático⁴⁹⁸, como lo son, por ejemplo, los temas referentes a la tortura, a la discriminación y a los tratos humillantes; *y iii) La esfera de lo indecidible que no*. Existe una esfera positiva, es decir, aquello que no puede dejar de ser decidido en aras de conseguir una igualdad real⁴⁹⁹: “las garantías de los derechos de libertad –o derechos

⁴⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 1 Teoría del derecho, *op. cit.*, p. 775.

⁴⁹⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 645.

⁴⁹⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 856.

⁴⁹⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Garantismo y Estado de derecho”, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 135.

⁴⁹⁹ Al respecto Ferrajoli afirma nuevos factores de legitimación a través del criterio de igualdad sustancial: “Mientras el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos del poder, y hoy hay que añadir la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario

de– aseguran la igualdad formal o política, mientras que las garantías de los derechos sociales –o derechos a– posibilitan un acercamiento a situaciones de igualdad sustancial o social”⁵⁰⁰. En efecto, la Constitución contiene una esfera de lo que debe ser decidido, cuyo objetivo es garantizar por parte del poder público una igualdad real.

En conclusión, si la Constitución opera como forma normativa de organización que determina esferas de decisión regidas especialmente por su contenido material, mediante la imposición de vínculos sustanciales, los márgenes de acción del legislador están concebidos necesariamente a partir de esos límites materiales, los cuales se concretan en los derechos de libertad que imponen vínculos negativos o prohibiciones, y en los derechos sociales que implican vínculos positivos, mandatos u obligaciones de hacer al legislador, cuyo estudio se aborda a continuación.

1.2.2. La fuerza vinculante de la Constitución para el legislador

Abordar la problemática de las esferas de decisión conduce necesariamente al análisis del fenómeno de la omisión, la inactividad o inercia de los actos del legislador. Sin lugar a dudas, está demostrado que históricamente el reconocimiento de la fuerza normativa y del principio de supremacía constitucional conllevó al debilitamiento de la ecuación soberanía/legislador. Así las cosas, se ha puesto en cuestión los

pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. La primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 862.

⁵⁰⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 86. Al respecto, Bui-Xuan sostiene que el diferencialismo pone en tela de juicio el equilibrio tradicional y uniforme del derecho. La autora distingue cuatro tipos de diferencialismos en el derecho: un diferencialismo “compensatorio”, que consisten en reducir las desigualdades; un diferencialismo “corrector”, que apunta a suprimir las distancias; un diferencialismo “adaptador”, que reconoce las especificidades y las ajusta a las instituciones públicas; y un diferencialismo “cognoscitivo”, que se compromete al reconocimiento de ciertas identidades individuales. Cfr. BUI-XUAN, Olivia, *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, Economica, París, 2004, pp. 10-35.

márgenes de acción y decisión del legislador, así como su omnipotencia, pues este ha sido considerado tradicionalmente por la doctrina⁵⁰¹ como un órgano constitucional dotado del mayor grado de legitimidad democrática en el seno del Estado, como consecuencia de su representatividad articulada a través del sistema electoral.

En el nuevo paradigma constitucional, el legislador se encuentra en una relación de sujeción frente a la fuerza vinculante de la Constitución, y esta a su vez le confiere legitimidad al principio democrático por ser uno de sus elementos basilares; no obstante, a pesar de su posición privilegiada frente al ordenamiento jurídico y al sistema de fuentes, sus actos no se encuentran revestidos de un manto inexpugnable, como en la época del Estado liberal, y, por ende, tanto estos como sus silencios están sujetos a un control jurisdiccional⁵⁰² en la medida que pueden infringir derechos fundamentales.

Algunos autores han recurrido a los criterios clásicos para definir la supremacía constitucional, esto es, el respeto formal de la producción normativa y la conformación gradual y armónica del ordenamiento jurídico con el contenido de los mandatos constitucionales⁵⁰³; sin embargo, es preciso afirmar que, desde el punto de vista metodológico, la aplicación del principio de supremacía constitucional no consiste en identificar previamente la norma superior para fijar luego lo que debe ser objeto de desarrollo, sino que se debe calificar como superior aquella norma a la que no se puede contradecir a través de acciones u omisiones, en esto

⁵⁰¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes, ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p 49.

⁵⁰² Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, en *RAP*, n° 68, pp. 57-136.

⁵⁰³ Cfr. RANGEL HERNANDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, México, 2009, p. 4.

consiste la supremacía constitucional⁵⁰⁴. Así pues, si la Constitución es norma suprema, no es porque ella misma así lo autoproclame o porque lo diga cualquier disposición normativa, sino porque sus mandatos gozan por sí mismos de una cláusula de eficacia y de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico⁵⁰⁵.

Luego entonces existe una vinculación del legislador con la soberanía de la Constitución, la cual se convierte en un presupuesto de control de sus actos. En este sentido, uno de los grandes retos que debe asumir el constitucionalismo contemporáneo son las consecuencias que se derivan de las omisiones legislativas frente a los mandatos constitucionales. La problemática se concreta en el siguiente cuestionamiento: ¿Es posible controlar los silencios de quien encarna por antonomasia el principio democrático? Las respuestas de los teóricos son abundantes, pero no alcanzan a ser satisfactorias, puesto que, en general, se han concentrado en reflexionar sobre la noción y clasificación de las omisiones y los tipos de normas o encargos dirigidos al legislador; sin embargo, ya se han producido importantes análisis pioneros que justifican la intervención judicial a través de una técnica de control más allá del reproche político⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., 160.

⁵⁰⁵ *Ibidem.*, p. 157.

⁵⁰⁶ En lengua hispana, entre los más representativos se señalan los siguientes: En primer lugar, Villaverde Menéndez, quien analiza el control jurídico de los silencios del legislador cuando se violan preceptos constitucionales, los cuales pueden llegar a constituir respuestas normativas ilícitas al crear o conservar situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997. En segundo lugar, Gómez Puente, quien se pregunta si en un Estado de derecho la actuación del legislador está sujeta a límites y controles jurídicos, y, de acuerdo a esta respuesta, por qué no habría también de estarlo la omisión legislativa. Y demuestra cómo la ausencia de leyes puede disminuir la efectividad de los preceptos constitucionales. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997. En tercer lugar, Fernández Rodríguez llega a la conclusión que la Constitución puede infringirse tanto por acción como por omisión, por lo que se justifica plenamente una técnica jurídica de control. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998.

Como sucede en la gran mayoría de países de tradición jurídica continental, como lo es el caso de Colombia, los instrumentos de garantía judicial o medios de control de las omisiones absolutas del legislador son insuficientes, puesto que fueron diseñados para que el juez constitucional pueda controlar un acto positivo del legislador, pero no para controlar el fenómeno de la inacción legislativa en su conjunto, bajo la justificación de que el juez carece de competencia para controlar los silencios en el terreno del ejercicio del principio democrático, comoquiera que visibilizar sus efectos lesivos constituiría una intervención directa en un terreno ajeno, el de la política. Por ello, las sentencias que condenan los efectos lesivos de los silencios del legislador son consideradas como declaraciones que ponen en cuestión los pilares del Estado democrático. Como afirma Colautti, la realización del Estado de derecho conlleva que las autoridades públicas no contraríen el derecho, sino que actúen conforme al mismo. “El presupuesto se halla, por tanto, en el principio que intuyó Rosseau de la distinción –que desde luego estaba ausente en los absolutismos monárquicos- entre poder constituyente y poderes constituidos. De aquí la relevancia que tiene para el sistema la existencia de procedimientos de control y especialmente de control de constitucionalidad”⁵⁰⁷.

La intervención de la justicia constitucional frente a este fenómeno no sólo ha sido ineficaz sino inviable, ya que se ha considerado que el juez constitucional no puede usurpar, sin una regla clara de competencia, el ámbito del legislador para obligarlo a elaborar una ley, por lo cual ningún sentido tendría hablar de un control a la omisión de los silencios del legislador. Así, en la versión del actual Estado constitucional está presente un manto de inmunidad del legislador, que con su silencio vendría en la

⁵⁰⁷ COLAUTTI, Carlos, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, pp. 143-144.

práctica a reemplazar al constituyente, al paralizar la eficacia de sus mandatos. Si se acepta que el legislador contraría con su inacción las disposiciones fundamentales, significa que el principio de supremacía constitucional puede ser trivialmente reemplazado por el principio democrático, ante lo cual colapsaría el mismo modelo de Estado, pues se terminaría aceptando que el control judicial no es consubstancial con el sistema de vínculos inaugurado por la Constitución.

He allí la tensión entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático⁵⁰⁸. Por ello, el gran desafío de la teoría jurídica es precisamente justificar y visualizar una técnica de control judicial, máxime cuando está acreditado que el ejercicio clásico del mismo no satisface íntegramente la garantía del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Es un hecho incuestionable que, en su configuración actual, los controles jurisdiccionales de la actividad legislativa se encuentran incompletos, toda vez que no pueden contrarrestar con éxito esta constante crisis de la legalidad⁵⁰⁹.

Es cierto que el constitucionalismo contemporáneo ha elaborado técnicas de diversa índole, instrumentando en forma eficaz el control judicial del legislador, cuyas más importantes manifestaciones —como el control abstracto y difuso de constitucionalidad— han revelado una utilidad incalculable, pero también lo es que existe la necesidad urgente de avanzar en el fortalecimiento de instrumentos de garantía constitucional

⁵⁰⁸ Cfr. BAZAN, Víctor, “Jurisdicción constitucional y local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 2., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004, p. 189. También consultar en: <http://www.iidpc.org/revistas/2/> (6/6/2013).

⁵⁰⁹ “La crisis de legalidad, es decir del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder”: FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *op. cit.*, p. 15.

que permitan controlar los silencios que han mantenido incólume la posición tradicional de soberanía del legislador.

El planteamiento de un control de los silencios del legislador es relativamente reciente y ha sido objeto en Colombia de numerosas monografías⁵¹⁰; no obstante, dista mucho de haber logrado una base de consenso general, toda vez que se objeta como una intromisión en la voluntad y en las decisiones políticas, caras manifestaciones del principio democrático, que atentan contra su carácter iconoclasta. En efecto, el control de constitucionalidad se ha visto limitado frente al respeto por la inacción legislativa. Por lo cual, un planteamiento de este tipo de control, sin lugar a dudas, se inscribe en la historia de un proceso de control de las inmunidades del poder, que busca la vinculación real y efectiva del legislador al principio de supremacía constitucional. El fenómeno de los silencios toma notable relevancia cuando entran en colisión el principio democrático y el principio de supremacía constitucional; la inmunidad del legislador se pone en tela de juicio cuando los efectos del incumplimiento de una obligación constitucional de legislar atentan contra la estructura de la norma superior y lesionan derechos fundamentales.

Como se señaló en la parte introductiva de este trabajo, los esfuerzos de Kelsen por fundamentar un control y una sanción por el incumplimiento de desarrollo legislativo fueron desistidos tempranamente. En relación con los preceptos de la Constitución de Weimar y el contenido de las futuras leyes, sostuvo que “si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las

⁵¹⁰ MURILLO GRANADOS, Adolfo, *Las omisiones legislativas en materia penal en Colombia a partir de 1991*, tesis de doctorado en derecho, Universidad Externado de Colombia, 2013; MORALES VELÁSQUEZ, Andrés Alonso, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, omisiones legislativas inconstitucionales y posiciones jurídicas sociales fundamentales*, tesis de maestría en derecho, Universidad Nacional de Colombia, 2010; LÓPEZ PASTRANA, Carlos, *La Responsabilidad del Estado por Omisión Legislativa sobre la Población LGTBI*, FT Law & Tax, Bogotá, 2013.

consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir una ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas”⁵¹¹.

Por lo tanto, no fue extraño que bajo la vigencia de la Carta de Weimar no se aceptara la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, puesto que sus disposiciones se circunscribieron a ser líneas de orientación o proposiciones programáticas. Como lo constata Böckenförde⁵¹², esta postura era consecuencia de la idea de la soberanía estatal recibida del positivismo jurídico-público. No obstante, en la postguerra, este binomio entre el legislador y la Constitución sufrió un cambio profundo a partir de la introducción de la cláusula del artículo 1º. 3 de la Ley Fundamental de Bonn: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (...)”. El legislador se vincula a la fuerza normativa de la Constitución.

En este orden de ideas, en el Estado constitucional, social y democrático de derecho, la Constitución pone al legislador en una posición política y jurídica exigente⁵¹³, por lo cual sus silencios no son inanes, puesto que en muchos casos no podría libremente disponer de las garantías primarias incorporadas en la Constitución. De esta manera, una omisión legislativa inconstitucional existe cuando está en contradicción con la voluntad normativa expresada por la Constitución. Este vínculo entre el control de

⁵¹¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1988, (4a. reimpr.), p. 310; FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, en *Revista de las Cortes generales*, n°. 75, 2008, p. 13.

⁵¹² Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 97.

⁵¹³ Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en *En busca de las normas ausentes*, *op. cit.*, p. 65.

los silencios del legislador y la supremacía de la Constitución es insoslayable, ya que si no se está en presencia de una obligación expresa derivada de la norma superior, no tendría sentido hablar de omisión desde el punto de vista jurídico, toda vez que ningún deber de actuar puede fundar una omisión y, en consecuencia, tampoco se estaría honrando la supremacía constitucional.

1.2.3. El concepto de omisión del legislador frente al orden constitucional

La palabra omisión procede del latín *omissio*, que se refiere a la “abstención de hacer o decir”, “falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”⁵¹⁴. Es decir, la omisión se entiende como una defraudación por la “no actuación” de alguien. Desde una perspectiva jurídica, Cabanellas indica que la omisión es la “falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa”, y en cuanto a la infracción u omisión de deberes precisa: “el incumplimiento de los deberes activos impuestos a las autoridades, originado, por la abstención, la responsabilidad de las mismas cuando han de actuar de oficio y también si desatienden los justificados requerimientos de los particulares o actúan sin celo o con malicioso retraso”⁵¹⁵.

El silencio del legislador con capacidad de producir efectos contrarios o adversos al orden constitucional se identifica con la expresión *omisión*

⁵¹⁴ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edic., Espasa Calpe, Tomo II, 2001, Madrid, p. 1620.*

⁵¹⁵ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo III, 29a. Omeba, Buenos Aires, 2003, p. 115., citado por RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º 18. http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/18/ard/ard7.htm#N* (1/8/2015).

inconstitucional. Este fenómeno ha alcanzado una variada conceptualización en la doctrina:

Fernández Rodríguez centra la omisión en la idea de ineficacia: “es la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”⁵¹⁶. Este autor funda la omisión en los siguientes pilares: la inacción del legislador, el paso del tiempo, la exigencia constitucional de actuar y la ineficacia del precepto constitucional.

Gómez Puente señala que la omisión “no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente predeterminado”⁵¹⁷. En este sentido, la noción de omisión o inactividad hace relación a la presencia de un deber jurídico inherente a la función legislativa, respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulta jurídicamente incompatible; de no ser así, se trataría de una conducta jurídicamente irrelevante, meramente política, que no sobrepasaría los límites normativos que circunscriben el ejercicio del poder legislativo.

Por su parte, Gomes Canhotilho define la omisión legislativa inconstitucional como el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos⁵¹⁸, y precisa: “la omisión legislativa, significa que el legislador no hace algo positivo que le fue impuesto por la Constitución.

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General, Derecho comparado, el caso español*, op. cit., p. 81.

⁵¹⁷ GOMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, op. cit., p. 19.

⁵¹⁸ GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim, *Direitto constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 1089, citado por Javier Tajadura Tejada, “Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales”, en CARBONELL, Miguel (coord). *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 273.

No es por lo tanto sólo un simple no hacer negativo, es, más bien, lo que no se hace, de manera concreta y explícita, y se requiere constitucionalmente (...) Puede verse que la inconstitucionalidad por omisión, en su sentido más estricto y riguroso, debe tener conexión con una acción concreta de exigencia constitucional”⁵¹⁹.

Miranda estima que “la inconstitucionalidad por omisión (...) resulta de la inercia o silencio de cualquier órgano de poder, que deja de practicar en un momento determinado el acto requerido por la Constitución”⁵²⁰.

Por su parte, Sagues, sin hacer una referencia conceptual, “alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta”⁵²¹.

Bidart Campos afirma que la inconstitucionalidad por *omisión* “sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo se abstiene de cumplirlo”⁵²².

Villaverde Menéndez advierte sobre la producción de un fenómeno de alcances jurídicos muy importante: “[e]n los silencios del legislador emerge el delicado asunto de si la quiescencia del legislador puede tener

⁵¹⁹ GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Editora Coimbra, Coimbra, 1982, p. 331, citado por Javier Tajadura Tejada, “Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales”, en Miguel Carbonell (coord). *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 77.

⁵²⁰ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Editora Coimbra, V. II, Coimbra, 1993, p. 388, citado por *ibídem.*, p. 75.

⁵²¹ SAGUES, Néstor Pedro. “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, en *Ius et Veritas, Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 5, p. 39

⁵²² BIDART CAMPOS, Germán, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, UNAM, N°. VI, México, 1979, pp. 9 y s.

consecuencias normativas y si esas consecuencias normativas son o no contrarias a la Constitución”; en su criterio, “[e]se silencio se torna en omisión inconstitucional precisamente cuando su consecuencia jurídica es la existencia de una norma implícita que regula una materia, y semejante norma es contraria a la Constitución”⁵²³. Esto significa, a diferencia de los otros autores, que no basta con constatar el incumplimiento del legislador de un mandato constitucional de legislar para estar en presencia de una omisión inconstitucional, sino que se requiere, sobretodo, del reconocimiento de unos efectos, de unas consecuencias normativas opuestas al ordenamiento constitucional, una “norma implícita” que impide la realización de la norma superior. Así las cosas, se trata de una conducta que no es irrelevante (omisión del legislador), puesto que genera efectos adversos contrarios al querer del constituyente. Esto sucede, por ejemplo, cuando un titular de un derecho fundamental no accede al pleno goce y disfrute del mismo debido precisamente a la falta de desarrollo legislativo que permita su plena efectividad (la gran mayoría de derechos sociales reconocidos constitucionalmente requieren de dicho desarrollo); en tal sentido, lo que se produce en la realidad no es solo una inejecución constitucional sino también un efecto normativo contrario al orden constitucional y de claro alcance subjetivo, esto es, que a su titular se le niega el derecho, puesto que no puede acceder a él en forma concreta y efectiva.

De las definiciones anteriores se puede extraer la siguiente caracterización de la omisión legislativa inconstitucional: *i*) no es un simple *no hacer*, sino el incumplimiento de un deber funcional concreto de *hacer* previsto por la Constitución, esto es, se trata de un no hacer aquello que de conformidad con los mandatos de la Constitución el legislador está obligado hacer; *ii*) la omisión legislativa inconstitucional se produce por el incumplimiento

⁵²³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Inácio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 73.

injustificado de encargos constitucionales, deberes legislativos o mandatos claros y expresos al legislador que impide la eficaz aplicación o concreción, como sucede, por ejemplo, con la mayoría de derechos fundamentales que requieren necesariamente del desarrollo legislativo para alcanzar una real eficacia, es decir, se trata de disposiciones constitucionales que debido a su naturaleza y condición requieren de la *interpositio legislatoris* para alcanzar el grado de efectividad esperado por el constituyente; *iii*) la omisión legislativa inconstitucional genera efectos normativos implícitos, los cuales tienen la capacidad de regular de hecho una situación concreta de manera contraria al sentido y finalidad de las disposiciones constitucionales.

1.2.4. La necesaria redefinición conceptual del fenómeno de la omisión del legislador

El desarrollo doctrinal sobre el concepto de omisión en relación con el orden constitucional no es suficiente, pues no explica el alcance del fenómeno en forma integral como lo es su relación con instrumentos internacionales que también incorporan obligaciones de hacer, los cuales además de incidir sobre el contenido material de los ordenamientos domésticos, en muchos casos condicionan su alcance bajo la estructura de mandatos a realizar por parte del legislador; en efecto, los Estados se encuentran, en muchos casos, jurídicamente obligados al cumplimiento de mandatos de hacer, albergados en convenciones e instrumentos internacionales. Al respecto, es importante citar las normas imperativas que hacen parte del *ius cogens*⁵²⁴. Según Cebada Romero⁵²⁵, el *ius*

⁵²⁴ El principio de *ius cogens* hace referencia al derecho imperativo de carácter internacional y está contemplado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, en los siguientes términos: “[U]na norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” La doctrina reconoce las siguientes características a las normas que pertenecen a dicho principio: *(i)* son de derecho internacional general; *(ii)* son aceptadas y reconocidas por la

cogens incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, que trascienden el consentimiento particular de los Estados singularmente considerados y sirven como criterio de validez de las normas; en tal sentido, limitan la autonomía de la voluntad e imponen el más fuerte límite a la discrecionalidad de los Estados dentro del escenario internacional⁵²⁶. Por lo anterior, los Estados no pueden ser omisivos al cumplimiento de estas normas, las cuales por lo general prescriben obligaciones de carácter *erga omnes*. En tal sentido, toda violación de las normas imperativas, que hacen parte del *ius cogens*, compromete la responsabilidad internacional de los Estados por acción u omisión⁵²⁷.

comunidad internacional en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario, es decir, se trata de normas inderogables; (iii) sólo pueden ser modificadas por normas del mismo carácter; (iv) todo acto jurídico unilateral, bilateral o multilateral que se oponga a la norma de *ius cogens* es nulo absolutamente. Cfr. ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE-VALLEJO, Ana María, “Declaración universal de derechos humanos ¿norma de *ius cogens*?”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 12, 2008, pp. 13-34. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/01DECLARACIONUNIVERSALDEDERECHOSHUMANOS.pdf. Aunque el tratado no establece qué normas hacen parte del *ius cogens*, se ha considerado que lo conforman, entre otras, aquellas que reconocen derechos humanos universales e inalienables y las que tutelan derechos de los pueblos a su autodeterminación y de los Estados a su respeto.

⁵²⁵ Cfr. CEBADA ROMERO, Alicia. “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del Nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, 4 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), <http://www.reei.org/reei4/Cebada.PDF> (29/4/2012).

⁵²⁶ Cfr. CASADO RAIGÓN, Rafael, *Notas sobre el “ius cogens” internacional*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 11.

⁵²⁷ Es posible afirmar que todas aquellas normas que garantizan y protegen los derechos humanos, por hacer parte del *ius cogens* y tener carácter imperativo indisponibles de manera unilateral, constituyen límites no solo para el legislador interno sino para el propio poder constituyente. La vinculación de todos los sujetos de derecho internacional a dicho principio posibilita la reclamación por la violación de las normas imperativas que lo conforman. Este efecto se fundamenta en dos presupuestos básicos, por un lado, el compromiso que adquieren los sujetos de derecho internacional dentro del escenario transnacional y, por otro, la relevancia que tienen para la comunidad internacional los valores que se protegen mediante estas normas. Sobre este debate polémico ver: PAZOS GUERRERO, Ramiro y otros, *La responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano*, Grupo de Estudios en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Colombia, 2013, pp. 29-54.

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 confirió fuerza jurídica interna a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; se trata de normas de referencia que gracias a dispositivos de reenvío incorporan claras obligaciones de hacer en el ordenamiento interno. Las normas de reenvío son las siguientes, a saber: *i)* el artículo 53, según el cual “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”; *ii)* el artículo 93 que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; *iii)* el artículo 94 introduce la denominada cláusula de derechos innominados: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; *iv)* el artículo 214 se refiere a los estados de excepción y precisa que bajo estas circunstancias no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”⁵²⁸

⁵²⁸ La Corte Constitucional abordó el problema de cómo armonizar el mandato del artículo 93 superior, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º de la misma Constitución que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución. Para resolverlo acudió a la tesis del “bloque de constitucionalidad”, compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, con lo cual se armoniza el principio de supremacía constitucional con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Por lo anterior, concluyó: “Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias (se refiere al Derecho Internacional Humanitario) y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.” Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995.

Igualmente, en América Latina, esta técnica de reenvío a normas de carácter internacional está presente en las Constituciones de Argentina - artículo 75-, Chile -artículo 5-, Ecuador -artículo 17-, Nicaragua -artículo 46-, Venezuela -artículo 23-, que remiten a normas de carácter internacional, las cuales se encargan de condicionar los ordenamientos internos con obligaciones de hacer o de no hacer.

Las normas de referencia en el ordenamiento interno juegan un papel muy importante, pues se trata de normas de derechos humanos o de derecho humanitario que están configuradas bien sea en clave de mandatos de hacer -garantía- o de no hacer -respeto-. Dichos mandatos también se encuentran en la doctrina elaborada por las instancias internacionales de resolución de conflictos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e, igualmente, surgen de las observaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que a través de la jurisprudencia interna de los Estados han venido alcanzando fuerza vinculante.

Así las cosas, las normas de referencia prevalecen en el orden interno, las cuales tienen como función desde el punto de vista constitucional integrar, interpretar, orientar y condicionar el orden jurídico⁵²⁹. No obstante, “más allá de esta constatación que ha sido ampliamente explicada tanto por el precedente constitucional⁵³⁰ como por la doctrina⁵³¹,

⁵²⁹“Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad (...), servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”.Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003.

⁵³⁰ Se remite a las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-774 del 25 de julio del 2001, C-228 del 3 de abril del 2002, C-442 del 25 de mayo del 2011.

⁵³¹Cfr. UPRIMNY, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Ayala-RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf> , consultado el 21 de julio del 2014.

las normas internacionales relativas a derechos humanos tienen por función, no solo fungir como parámetros de condicionamiento de la constitucionalidad de los ordenamientos internos y de modificación de las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad⁵³², sino también, desde un punto de vista del instituto de daños, fundamentar a partir de normas de referencia supranacional el juicio de responsabilidad estatal en casos de falla en el servicio”⁵³³.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el juez nacional como juez de convencionalidad⁵³⁴, “le sirve al juez de daños para ejercer

⁵³² Cfr. ROBLOT-TROIZIER, Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris, 2007.

⁵³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, rad. 32988. En lo concerniente a la posición de garante y control de convencionalidad se puede consultar la sentencia del 21 de noviembre de 2013 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 29764, M.P. Enrique Gil Botero. A nivel de la doctrina: BREWER CARIAS, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p.139: “los controles dentro del moderno Estado de Derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conduce a que los controles que puedan surgir en la complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simple esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y de los valores en que se fundan las instituciones”.

⁵³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos al estudiar la función de los jueces nacionales en lo relativo a las obligaciones contenidas en los instrumentos de protección de derechos humanos, dijo: “La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”: Caso Almonacid Arellano vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre del 2006, serie C, n.º 154, párrs. 123 a 125 (se destaca). Y posteriormente, afirmó: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las

un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado”⁵³⁵.

Por lo tanto, “el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional”⁵³⁶.

Así, un efecto muy importante de la incorporación al orden interno de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario es la ampliación de las fuentes normativas⁵³⁷, de tal manera que el fenómeno de la omisión del legislador puede provenir tanto de obligaciones de hacer del ordenamiento jurídico interno, como de obligaciones convencionales o de derecho comunitario, lo cual lleva a redefinir las fronteras del concepto de omisión, fenómeno tradicionalmente identificado por la doctrina en fuentes de raigambre interna, cuyos estudios se han circunscrito a la omisión inconstitucional.

regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre del 2010, párrs. 12 a 22. Igualmente ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre del 2006, serie C, n.º 158, párrs. 128.

⁵³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, rad. 32988

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ *Ibid.*

La violación de una norma de referencia tanto por acción como por omisión compromete la responsabilidad internacional del Estado, cuando el legislador desconoce el derecho internacional al expedir leyes contrarias a los derechos humanos, por ejemplo, o “cuando el órgano legislativo no apruebe las leyes necesarias para darle cumplimiento a cierta clase de tratados suscritos con otro Estado”⁵³⁸. Es decir, en el derecho internacional existen mandatos de hacer y no hacer, los cuales son para el legislador no solo un límite sino el fundamento o presupuesto mismo de sus competencias⁵³⁹.

La Convención Americana de Derechos Humanos ha atribuido a los Estados parte una serie de obligaciones tanto de interdicción de lesión - mandatos de no hacer- como de prohibición de defecto de protección - mandatos de hacer-. En ese orden, la Corte Interamericana se ha pronunciado varias veces cuando ha encontrado configurada la responsabilidad internacional de los Estados por leyes que van en contravía de las obligaciones convencionales y les ha impuesto el deber de ejecutar acciones internas bien sea de orden legislativo, administrativo o judicial con el objeto de cumplir con las obligaciones internacionales.

Al respecto, en el caso "Caballero Delgado vs. Colombia", la Corte Interamericana juzgó y condenó a Colombia por la detención y

⁵³⁸ GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 280-281.

⁵³⁹ “[La] legalidad internacional no está llamada a cumplir exclusivamente la labor de límite al ejercicio de una competencia legislativa, sino que, de manera complementaria, puede ser considerada el fundamento de la misma. En efecto, los tratados internacionales deben ser ejecutados en el orden interno para poder ser aplicables, esto es, muchos de ellos, que no son normas de aplicación directa o self-executing, requieren de un desarrollo legislativo. En este caso, será función del Congreso de la República expedir una ley con fundamento en el tratado internacional, y en aras a una correcta ejecución legislativa interna del mismo”: RAMELLI, Alejandro, Sistema de fuentes del derecho internacional público y "bloqueo de constitucionalidad" en Colombia, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2121> (21/7/2015).

desaparición de unas personas a manos del Ejército Nacional y llamó la atención que el Estado no haya adoptado en su legislación interna el delito de desaparición forzada⁵⁴⁰. Asimismo, en el caso "19 comerciantes vs. Colombia", la Corte Interamericana afirmó que la obligación de respeto también concierne al legislador:

“El cumplimiento del artículo 4º, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. **Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores**, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad”⁵⁴¹ (se destaca).

Es relevante el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile: “La Última Tentación de Cristo”*, en el cual la CIDH estableció que el Estado parte había violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en el artículo 13 de la CADH, con lo que incumplió con los deberes generales comprendidos en los artículos 1.1 y 2 de la misma (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención y adoptar medidas para hacerlos efectivos), cuando la

⁵⁴⁰ “[Que] en once años, de 1983 a 1994, hubo 1947 desapariciones forzadas atribuidas a funcionarios públicos y cerca de 1650 no han podido ser resueltas; que alcanzó su pico en los años 1988, 1989 y 1990; que en los últimos meses ha habido un reconocimiento de la gravedad de la crisis de los derechos humanos y que todavía no ha sido aprobado un proyecto de ley sobre la desaparición de personas.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 44.

⁵⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 153.

Constitución chilena restringió estos derechos fundamentales y adoptó un sistema de censura previo para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica (artículo 19, número 12, inciso final constitucional)⁵⁴². Por lo anterior, la Corte Interamericana no solamente ordenó la exhibición de la película sino también la modificación del texto constitucional para que se suprimiera dicha censura previa⁵⁴³.

Es un antecedente de suma importancia por cuanto un organismo judicial supraestatal no solamente verificó que el Estado incumplió un tratado de derechos humanos y, por ende, declaró su responsabilidad y ordenó la reparación del daño en el caso concreto, sino que produjo una obligación de hacer consistente en extraer del orden constitucional un dispositivo que vulneraba derechos. Esto plantea serias inquietudes de cómo la soberanía de los Estados forjada en la modernidad en términos casi absolutos, está siendo matizada por autoridades supranacionales, lo cual, sin embargo, es coherente con la fuerza vinculante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su principio de inmunidad⁵⁴⁴.

⁵⁴² En 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó una solicitud presentada por la empresa “*United International Pictures Ltda.*” para exhibir la producción cinematográfica denominada “*La Última Tentación de Cristo*”. No obstante, años más tarde, el productor elevó otra solicitud y la autoridad cinematográfica autorizó la presentación de la película. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la decisión por cuanto la cinta afectaba los derechos de libertad de conciencia y de religión; a su vez, la Corte Suprema de Justicia confirmó la providencia al estimar que era válida la censura previa y prohibió la exhibición de la película.

⁵⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 5 de febrero del 2001, caso *La última tentación de cristo*. Entre las resoluciones relevantes se encuentran: “[D]ecide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”. En cumplimiento de la sentencia, el 25 de agosto de 2001, mediante la Ley 19.742, Chile reformó su Constitución.

⁵⁴⁴ De allí que algunos autores hablen de crisis del constitucionalismo clásico o del proceso de transformación del constitucionalismo ante el fenómeno de la globalización, con lo cual se haría visible una especie de “constitucionalismo débil” local frente a otro de carácter garantista o “constitucionalismo fuerte” de alcance supranacional. Cfr. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, “Globalización y constitución débil” en *Teoría y Realidad*

Por todo lo anterior, dentro del marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, un Estado puede incurrir en incumplimiento de obligaciones de legislar que impiden en el orden interno la eficacia de los derechos reconocidos en la Convención y, eventualmente, puede incurrir en incumplimiento de resoluciones judiciales supranacionales de legislar, lo cual puede generar responsabilidad internacional del Estado infractor⁵⁴⁵.

En Latinoamérica se presenta otro caso interesante con el ordenamiento jurídico comunitario andino, cuya finalidad es establecer un mercado común⁵⁴⁶. El artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que una persona puede solicitar la reparación por los daños padecidos con ocasión de la infracción a normas andinas por parte de un país miembro, así: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.” A su vez, el referido artículo 25 establece la “acción de incumplimiento” ante el Tribunal Andino, según la cual las personas

Constitucional, n° 7, 2001, pp. 137-152; GUTIÉRREZ, Ignacio, “Globalización, Estado y derecho constitucional” en *A Distancia* (19) 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2002, pp. 17-21; JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo, “Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos” en *Nova et Vetera*, vol 20, n° 64, 2011, pp. 17-28.

⁵⁴⁵ El artículo 68 de la Convención Americana prescribe: “1. Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. // 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁵⁴⁶ El Acuerdo de Integración Subregional Andino conocido como “Acuerdo de Cartagena” se suscribió en 1969 por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional supranacional y permanente de la misma en 1979, mediante la suscripción del “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, el cual inició actividades en 1984 y fue instituido para declarar la legalidad del derecho comunitario y asegurar su interpretación y aplicación uniforme en todos los países miembros. Ver: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP> (22/08/2015).

naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por parte de un país miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal con el fin de solicitar de que se ordene subsanar dicho incumplimiento⁵⁴⁷.

De esta manera, el Estado puede vulnerar el ordenamiento jurídico andino cuando mediante una ley contradice las obligaciones comunitarias o cuando incurre en omisión al no adecuar, cuando sea necesario, el ordenamiento interno a aquellas, eventos en los cuales, si el Tribunal Andino declara dicho incumplimiento, el afectado puede demandar al Estado infractor ante los tribunales nacionales para que sea reparado el daño antijurídico⁵⁴⁸. Es preciso resaltar que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Andino la relación entre el ordenamiento comunitario andino y el derecho interno de los países miembros está regido por dos principios: el principio de primacía del primero sobre el segundo y el principio de *complemento indispensable*. Este último se sintetiza así: “no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas”⁵⁴⁹. En ese orden, el

⁵⁴⁷ Según el tratado, las personas naturales o jurídicas podrían acudir ante los tribunales nacionales cuando quiera que no se adopten las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones del ordenamiento comunitario andino, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento (artículo 31). A su vez, el artículo 4º del tratado prescribe: “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. // Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

⁵⁴⁸ Es oportuno señalar que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está compuesto, además de los convenios y tratados, entre otros, por las sentencias y pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En ejercicio de sus funciones corresponde al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman dicho ordenamiento jurídico, la cual es vinculante para los jueces nacionales (artículos 32 a 36 del tratado que crea el Tribunal).

⁵⁴⁹ Proceso 10-IP-94, publicado en G.O.A.C. N° 177, de 20 de abril de 1995. Y en otro pronunciamiento, el Tribunal precisó: “[E]l desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del 'complemento indispensable', según el cual no es posible la expedición

legislador interno no puede establecer exigencias o requisitos adicionales que contradigan el derecho comunitario andino o lo restrinjan, por ejemplo, una protección débil para los derechos amparados por el derecho comunitario⁵⁵⁰. De lo anterior se desprende que cuando sea necesario conferir una efectiva protección a dichos derechos, el legislador interno deberá hacerlo; de lo contrario incurriría en omisión que puede generar responsabilidad del Estado.

En perspectiva similar el ordenamiento jurídico de la comunidad europea es significativo. El artículo 10° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957 prescribe: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.”⁵⁵¹ A su vez, el artículo 249 establece que para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, y precisa: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse,

de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión ‘régimen común sobre tratamiento’ que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. (Actual artículo 55 de la Decisión 563 Codificación del Acuerdo de Cartagena)”. Proceso 121-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1139 del 12 de noviembre de 2004, marca: FRUCOLAC.

⁵⁵⁰ *Ibidem*. En Colombia, un caso en donde se debatió esta problemática ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 28 de abril de 2011, radicación 11001-0324-000-2003-00532-01.

⁵⁵¹ Cfr. https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf (29/08/2015).

dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.⁵⁵²

Dicha coexistencia de ordenamientos jurídicos internos y el comunitario ha producido, no sin conflicto, una serie de reglas como la autonomía, la eficacia o la aplicación directa y la primacía del derecho comunitario, debido a su carácter obligatorio, lo cual genera a los Estados miembros “el compromiso de cooperación leal en el cumplimiento de los tratados y del Derecho derivado”⁵⁵³. Por lo anterior se ha sostenido que la primacía es “la regla fundamental para la existencia de la Comunidad”⁵⁵⁴.

En interpretación del Tratado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido que si bien el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para configurar el orden jurídico interno, se puede generar responsabilidad internacional cuando un Estado miembro infringe una obligación de orden internacional y causa un daño antijurídico⁵⁵⁵. En 1991, dicho Tribunal impuso a Italia el deber de reparar los daños antijurídicos causados a unos particulares por violación del derecho comunitario derivados de omisiones del legislador. La situación fáctica consistió en que por omisión del legislador italiano en la transposición de una directiva que confería a los trabajadores asalariados derechos en caso de insolvencia del empresario, se produjeron daños a varios de ellos. Los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario no podían ser

⁵⁵² *Ibidem.*

⁵⁵³ ALVAREZ BARBEITO, Pilar, “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del derecho comunitario”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 8, 2004, p. 66.

⁵⁵⁴ MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 423-424.

⁵⁵⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia *Bayerische HNL* del 25 de mayo de 1978, citada por GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, Madrid, 2005, p. 40.

ejercidos por los afectados, por cuanto la omisión del Estado de adecuar su ordenamiento a las exigencias supranacionales contenidos en la directiva comunitaria les impidió recibir unos beneficios dispuestos por el ordenamiento comunitario. Por lo anterior, se ordenó reparar a los trabajadores por los daños que el incumplimiento estatal les produjo⁵⁵⁶. El aporte relevante no fue solo constar el incumplimiento de una obligación internacional de adecuación normativa al orden interno, sino también fundamentar la responsabilidad del Estado en normas supranacionales vinculantes⁵⁵⁷. Posteriormente, el TJCE precisará que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados por dichas violaciones “es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.”⁵⁵⁸

En relación con el legislador interno, la doctrina ha afirmado que la no adecuación del ordenamiento nacional al derecho comunitario se puede presentar en los siguientes supuestos: (i) por la existencia de una norma interna preexistente e incompatible con la norma comunitaria que el Estado miembro continúe aplicando; (ii) vigente una norma comunitaria, en forma posterior el legislador nacional expide una ley contraria a la primera; (iii) “o bien porque, simplemente, el Estado miembro de que se trate deja de aplicar la norma comunitaria eludiendo su obligación de adoptar las

⁵⁵⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros c. República italiana (en adelante *Francovich*); asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90; Rec. p. 1-5357.

⁵⁵⁷ En efecto, se afirmó que "el Derecho comunitario impone el principio general de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les sean imputables."

⁵⁵⁸ Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pecheur*, asuntos acumulados, C-46 y 48/93, Rec.p.I-1029.

medidas que sean necesarias para conseguir el resultado prescrito por la norma comunitaria.”⁵⁵⁹

Lo anterior permite afirmar que el derecho comunitario europeo es fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros, las cuales se concretan en el deber de adecuación del derecho interno a la normatividad de la comunidad; es aquí en donde la función legislativa nacional cobra especial relevancia, por cuanto esta llamada a cumplir un papel de primer orden en la incorporación, desarrollo, respecto y garantía del derecho comunitario. Su conducta omisiva frente a un mandato de adecuación puede generar responsabilidad del Estado, si se afectan derechos o intereses legítimos de particulares que emanan del derecho comunitario⁵⁶⁰.

En consecuencia, los desarrollos importantes del derecho internacional público exigen redefinir los contornos tradicionales del fenómeno de la omisión legislativa, en la medida que existen claros mandatos supraestatales de desarrollo legislativo que deben ser comprendidos, y cuya conducta omisiva puede eventualmente comprometer la responsabilidad del Estado si se producen daños que los particulares no estarían en la obligación de soportarlos. En efecto, el fenómeno de la omisión no se encuentra circunscrito al derecho nacional, sino que es preciso reconocer la amplitud de sus fronteras gracias a la incorporación de convenios de derecho internacional en el derecho interno, en aras de

⁵⁵⁹ ALVAREZ BARBEITO, Pilar, “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del derecho comunitario”, *op.cit.*, p. 71.

⁵⁶⁰ Es oportuno señalar que la jurisprudencia francesa parece evolucionar hacia un régimen de responsabilidad por falta del legislador cuando con su omisión no se adecua el ordenamiento jurídico interno a las directivas trazadas por el derecho comunitario europeo, tal como se refleja en la sentencia del 1º de julio de 1992, sociedad Jacques Dangeville, n.º 89PA02498, confirmada por la sentencia del 30 de octubre de 1996, *Ministre du Budget vs. SA Jacques Dangeville*, n.º 141043.OLLEON, Laurent, *Colloque de l'Association des Conseils d'Etats et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, La Haya, 2004, p. 50.
<http://www.aca-europe.eu/colloquia/2004/france.pdf> (01/08/2015).

controlar los efectos del incumplimiento de obligaciones internacionales de legislar a nivel doméstico. Por lo anterior, la expresión omisión inconstitucional, tal como se ha entendido hasta hoy, no es suficiente para explicar todos los fenómenos de omisión del legislador, por lo cual es necesario hablar también de un fenómeno que se podría calificar de omisión inconvencional u omisión de derecho comunitario, la cual se produce por la abstención del órgano legislativo interno de cumplir un claro mandato de desarrollo legislativo proveniente del derecho internacional, es decir, que puede existir, según el caso, una omisión inconstitucional o una omisión inconvencional o contraria al derecho comunitario, fenómenos que podrían ser comprendidos dentro del concepto genérico de *omisión de desarrollo normativo*, categoría en la que están incluidos tanto el incumplimiento de los mandatos provenientes de la Constitución como del derecho internacional y aún de resoluciones judiciales de organismos supranacionales.

Desde esta perspectiva, el concepto de omisión de desarrollo normativo tiene los siguientes elementos esenciales: *i)* existencia de un claro mandato de adecuación o desarrollo legislativo proveniente de la Constitución o de obligaciones de orden internacional; *ii)* una abstención injustificada del legislador que incumple total o parcialmente dicho mandato de adecuación o desarrollo; *iii)* “creación” de una *norma implícita* contraria a la Constitución y a las obligaciones internacionales; e *iv)* ineficacia del mandato constitucional y supranacional en un caso concreto.

En consecuencia, la omisión de desarrollo normativo inconstitucional o inconvencional o contraria al derecho comunitario es aquella abstención del legislador de cumplir una obligación o mandato de hacer estipulado en la Constitución o en obligaciones internacionales, la cual produce efectos normativos implícitos contrarios a derecho, los cuales tienen la potencialidad de lesionar derechos fundamentales o bienes jurídicamente protegidos.

Por otra parte, si bien es posible distinguir entre una omisión absoluta del legislador, esto es ausencia total de desarrollo legislativo, y una omisión relativa de la ley, en la cual se presenta desarrollo legislativo pero incompleto o imperfecto, en ambos casos indistintamente puede configurarse una omisión inconstitucional o inconvenicional si se está en presencia de un deber funcional de legislar. Lo anterior es relevante para construir o identificar el medio o técnica de control más eficaz que garantice la protección de derechos fundamentales y demás bienes jurídicos tutelados ante la omisión, ya sea absoluta o relativa.

La omisión inconstitucional o inconvenicional o contraria al derecho comunitario por parte del legislador no es una simple inacción o sola ausencia de acción sino la abstención, pudiendo hacerlo, de dar eficacia a un mandato de hacer previsto en el orden constitucional o supranacional cuya renuncia produce en todos los casos unos efectos normativos implícitos adversos a lo dispuesto en obligaciones internas o de derecho internacional. En otras palabras, se trata de una omisión inconstitucional o inconvenicional o contraria al derecho comunitario injustificada, por lo cual merece censura al constituir una defraudación a un claro compromiso normativo, esto es, se trata de una omisión respecto a mandatos imperativos que hacen parte de la esfera *de lo indecible que no*, vínculo positivo frente al cual el legislador se encuentra en posibilidades reales de actuar en aras de preservar la integralidad y eficiencia tanto del ordenamiento nacional como del ordenamiento supranacional (adecuación normativa).

A diferencia de las omisiones contrarias a derecho, hay omisiones que no merecen reproche y son aquellas que hacen parte de la *esfera de lo decidible*; a título ilustrativo son las decisiones facultativas que puede tomar el legislador en determinadas materias, respecto a las cuales el

orden constitucional permite hacerlo, pero que su abstención es una opción política legítima. En estos eventos no existe la asunción clara de un deber de adecuación o de desarrollo legislativo y, por lo tanto, el silencio del legislador no constituye una omisión objeto de reproche.

Finalmente, huelga insistir, como se anunció en otros apartes de esta investigación, que también existe *la esfera de lo indecible* cuyos límites están impuestos a todos los poderes públicos, incluido el legislador; de ahí que la Constitución y las obligaciones supranacionales delimitan un perímetro con un núcleo intangible o “coto vedado” de derechos y excluye determinados asuntos fundamentales de la discrecionalidad del principio democrático, lo que implica la construcción de un valladar impenetrable para la administración y para el legislador, como lo son, por ejemplo, la prohibición de la tortura, de la discriminación o de tratamientos inhumanos o degradantes, es decir, obligaciones de abstención.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE OBLIGACIONES POSITIVAS PARA EL LEGISLADOR

En primer lugar, se tratará sobre la importancia del desarrollo legislativo de la Constitución y, en segundo lugar, se presentará la taxonomía normativa de las obligaciones dispuestas por la Constitución.

2.1. El legislador frente al deber de desarrollar la Constitución

Llama la atención que en el Estado constitucional, social y democrático de derecho la indiferencia frente a la inactividad legislativa absoluta haya perdurado, en general, tanto tiempo⁵⁶¹. Ya se ha señalado como el Estado

⁵⁶¹ La Corte constitucional colombiana ha aceptado que “el legislador puede vulnerar garantías constitucionales por omisión legislativa en razón a la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el parlamento tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer”. Así, “el silencio del legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad” Corte Constitucional, sentencia C-351 de 2013. Empero, ha precisado que “no toda omisión puede ser sometida a control constitucional; en procura de respetar la autonomía e independencia del legislador, la Corte ha señalado que el

legislativo se resistió al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la cual solamente reposaba en la ley como expresión de la voluntad general, y, por ende, no era posible concebir que ésta estuviera sometida a un control de constitucionalidad; “en esta época, la ley era el centro y las otras fuentes, existentes alrededor, extraían su fuerza normativa de la ley (...) Así pues, la ley se convertía en única fuente legítima de derecho, es decir la fuente de fuentes.”⁵⁶²

La ley era a su vez norma incondicionada y condicionante del ordenamiento jurídico, fuente última de validez. La soberanía del Estado, personificada en el poder supremo del legislador, gozaba no sólo de una libertad total en el ejercicio de su función de legislar, sino que tanto sus actos como sus silencios estaban revestidos de una suerte de inmunidad debido al carácter infalible de la ley⁵⁶³. Sin embargo, como los defectos de la ley, como sistema de regulación de la sociedad, fueron protuberantes, provocaron después de la segunda guerra mundial el paso de un Estado legislativo a un Estado constitucional⁵⁶⁴. La ley, desprovista de la fortaleza

juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, sí y sólo sí, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta” (*ibidem*).

⁵⁶² PIZZORUSSO, Alessandro. “Les effets des décisions du juge constitutionnel”, en *A.I.J.C.*, X-1994, p. 12.

⁵⁶³ De allí la queja de García de Enterría frente a un legislador desmesurado: “[L]a concepción rousseauiana creía salvar con el dogma de la generalidad de la ley hecha por todos los ciudadanos nada menos que la alineación del hombre en la sociedad (...) La ley puede no sólo hacer ninguna referencia a la justicia (...), sino, mucho más, puede incluso convertirse en un modo de organización de lo antijurídico, en un modo de perversión del ordenamiento”: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3 ed., 1989, p. 80.

⁵⁶⁴ Aragón Reyes sostiene que hacer teoría general en el derecho constitucional solo tiene sentido únicamente si “se la concibe como teoría general de una forma política específica o, en términos jurídicos, de una específica forma de Estado, porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso “compreensivo” de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales. Sólo es Constitución ‘normativa’ la Constitución democrática y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política o el Estado de derecho como Estado constitucional.” ARAGON REYES, Manuel, *op. cit.*, p. 17.

impenetrable de una legalidad absoluta interna, tuvo que dar paso a la soberanía de la Constitución que se convirtió en la horma del orden jurídico; la Constitución sucede a la ley en su doble función, a saber, como “fuente de fuentes” y como “vehículo de los valores esenciales o fundamentales”⁵⁶⁵. En este sentido, la Constitución es un sistema de valores a realizarse, por lo cual finca esa tarea tan importante al legislador con el carácter de mandatos⁵⁶⁶. Estos mandatos constitucionales se manifiestan en obligaciones positivas del legislador, toda vez que la razón de ser de las normas constitucionales es “realizar el estado por ella normado”⁵⁶⁷. Por ello, el texto fundamental contiene una serie de mandatos que representan auténticas normas jurídicas que demandan del legislador un margen de acción, no comprendidas dentro de la esfera contingente de discrecionalidad del poder constituido o derivado.

En virtud del posicionamiento de las normas constitucionales, no solo se justifica un control jurisdiccional sobre el desarrollo normativo por parte del legislador, sino que también se necesitan técnicas de control, sanción o corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales. El control debe ser efectuado por el juez constitucional ya que es a quien le corresponde asegurar la adecuación de la función legislativa a la voluntad normativa expresada en la Constitución; ante la transgresión, la técnica del control, la cual es consubstancial al texto fundamental, debe poner en marcha el aparato sancionador, en aras de preservar la fuerza del mandato. Por ende, el carácter supremo de la Constitución descansa en la eficacia del control que debe contrarrestar tanto los actos como las omisiones que atentan contra el texto fundamental. De allí que el silencio del legislador

⁵⁶⁵ FAVOREU, Louis. “Légalité et constitutionnalité”, en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 3, 1997, p. 77.

⁵⁶⁶ Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 107.

⁵⁶⁷ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 62.

puede llegar a constituir una estrategia envilecida de poder, con capacidad de desmoronar no solo los pilares de la arquitectura del Estado constitucional, sino también el sistema de vínculos incorporados en ella.

Para contrarrestar lo anterior, es preciso afirmar que “actualmente, en los países dotados de regímenes constitucionales democráticos, las normas de derecho constitucional se definen como auténticas normas jurídicas, traducibles en mandatos concretos cuyo incumplimiento es susceptible de una sanción”⁵⁶⁸. La soberanía constitucional sustrae al legislador “la competencia de la competencia”⁵⁶⁹, de manera que el cumplimiento normativo de los preceptos constitucionales obliga al legislador a operar de conformidad con estos, so pena de incurrir en una sanción, lo cual garantiza la supremacía constitucional.

En consecuencia, el control debe no sólo aplicarse a los actos positivos del legislador sino también a las conductas omisivas, porque estos comportamientos también son susceptibles de vulnerar la supremacía de la Constitución y de crear situaciones jurídicas de riesgo para los asociados. Admitir lo contrario, conllevaría a afirmar que el legislador podría discretamente hacer a través de sus silencios lo que le está vedado

⁵⁶⁸ LOPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 22. Es preciso señalar que algunos autores como Quiroga Lavié sostienen de manera inexacta que los preceptos del texto constitucional son solo normas de competencia y, por tanto, están desprovistas de sanciones: “[T]oda norma de competencia, por ende las constitucionales, no son obligatorias pues carece de sanción su incumplimiento, si son violadas sólo cabe la declaración de inconstitucionalidad o la remoción del obstáculo que impide el ejercicio del derecho. Si una Constitución prescribe sanciones para algún acto antijurídico, esta norma, aunque esté en el texto constitucional no tiene este carácter. Por definición la Constitución es una norma de competencia y no altera su naturaleza, la falla técnica que puede concretar el constituyente al incorporar prescripciones en su texto. En el derecho común o legislado, las normas que lo integran son prescripciones, esto es, son obligatorias. En cambio en el Derecho Constitucional no es obligatorio pues no existen sanciones para el caso de incumplimiento”: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Sobre la interpretación constitucional”, en *La interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1975, p. 107. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1052/8.pdf> (21/09/15).

⁵⁶⁹ FAVOREU, Louis y otros, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 724.

hacer mediante sus actos, esto es, vulnerar la supremacía constitucional y generar situaciones contrarias a derecho y potencialmente lesivas a los derechos fundamentales y a los bienes jurídicos protegidos. En el Estado constitucional no puede existir inmunidad legislativa, puesto que la omisión legislativa no es más que el abandono de obligaciones constitucionales, una de las muchas maneras de atentar contra la supremacía constitucional; es decir, dicha supremacía implícitamente sería subrogada por un poder derivado o constituido, quien al ocultarse tras un silencio, anularía la fuerza normativa y vinculante de la Constitución⁵⁷⁰.

La máxima de Pérez Luño cobra todo el sentido cuando afirma que “el constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales”⁵⁷¹; sin embargo, este juicio podría verse frustrado, pues si bien es cierto que los derechos fundamentales tienen asignada la tarea de legitimar la democracia constitucional, también lo es que la omisión del legislador puede cavar una brecha más profunda entre la garantía de los derechos fundamentales -deber ser- y la realidad -el ser-, máxime si se tiene en cuenta que el modelo del Estado constitucional solo tiene algún sentido en la medida que se garanticen los derechos fundamentales, y estos, si solo si, pueden realizarse en dicho modelo de estado por ser su hábitat natural.

2.2. La taxonomía normativa en el ordenamiento interno

⁵⁷⁰ Debido a lo anterior, Gomes Canotilho considera que, “el reconocimiento de la posibilidad de no respetar la Constitución, en virtud de un silencio inconstitucional de los órganos legislativos, atenta contra los presupuestos de superioridad formal y material de la Constitución sobre la ley. La ley constitucional se impone como determinante heterónomo superior y parámetro de constitucionalidad no sólo cuando el legislador actúa en disconformidad de los normas y principios de la Constitución, sino también cuando permanece inerte, vulnerando las normas que imponen constitucionalmente medidas legislativas necesarias para la concretización de la ley fundamental”: GOMES CONOTILHO, José Joaquim, *Direitto Constitucional*, 6 ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 979.

⁵⁷¹ PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 19.

En su obra póstuma, Kelsen afirma que ordenar no es la única función de una norma; habilitar, permitir y abrogar son también funciones de esta⁵⁷². Dicha afirmación, conduce a interrogar sobre los enunciados de las normas constitucionales. En efecto, del cuerpo constitucional se desprende un compendio normativo, tan rico como variado, en relación con su contenido y desarrollo, por lo cual es posible afirmar que no todas las disposiciones constitucionales tienen eficacia directa e inmediata, puesto que requieren de un desarrollo legislativo posterior.

Anteriormente, se había afirmado que la Constitución al irradiar todo el ordenamiento jurídico influye materialmente en los márgenes de acción del legislador a través de reglas de conducta, esto es, enunciados normativos que establecen una obligación positiva o negativa a concretizarse. Si bien no existe un consenso pacífico en la doctrina respecto a las clasificaciones de las normas constitucionales, se acoge la clasificación propuesta por Zagrebelsky⁵⁷³, con algunas modificaciones.

En relación con el problema de la omisión legislativa es preciso enfocar la atención, por una parte, en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución, entre las cuales se encuentran las normas de eficacia directa o autoaplicativas y normas de eficacia indirecta y, por otra parte, las normas por adscripción interpretativa, aquellas que son fruto de reglas de origen jurisprudencial que han suplido la ausencia de desarrollo legislativo.

2.2.1. Normas de eficacia directa o autoaplicativas

⁵⁷² KELSEN, Hans, *Teoría General de las normas*, editorial Trillas, México, 2007, p. 19.

⁵⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo, "La Constitución y sus normas", en *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Miguel Carbonell (comp.), Porrúa, México, 2000, p. 79 y ss.

La Constitución contiene normas provistas de una estructura de regla, las cuales regulan casos concretos y pueden ser aplicadas de forma directa por los operadores del ordenamiento jurídico desde el momento en que han ingresado al texto constitucional, pues despliegan toda su eficacia jurídica y, en consecuencia, tienen fuerza normativa plena e inmediata. En efecto, se trata de normas constitucionales de eficacia directa, en las que estarían comprendidas también las normas de organización y procedimiento, frente a las que la omisión del legislador no tiene relevancia, pues la situación jurídica no puede ser alterada por el legislador⁵⁷⁴.

En esa medida, la norma constitucional se aplica directamente sin que la no intervención del legislador pueda producir una omisión reprochable, ya que no existe peligro de que se generen efectos adversos que atenten contra el principio de la supremacía constitucional. La ausencia o déficit normativo es inexistente, porque se trata de una norma fundamental que regula en forma suficiente una materia, de ahí que no es menester hablar de efectos contrarios a derecho de la inercia legislativa: el instituto de la omisión no se interesa a este tipo de silencios que recaen sobre normas de aplicación directa, pues su inactividad no tiene la capacidad de producir efectos normativos adversos que vulneren la Constitución; las normas de aplicación directa o autoaplicativas, según lo dicho por Villaverde, “no (...) son susceptibles ni de omisiones absolutas ni de omisiones relativas inconstitucionales, pues el vacío que pudiera crear el silencio legislativo siempre estará ocupado por la norma constitucional y no podrá crearse ni conservarse situación jurídica alguna contraria a la Constitución, dado que su norma despliega toda su eficacia directa en lo que hace a su contenido normativo”⁵⁷⁵. En suma, se puede afirmar que los efectos normativos

⁵⁷⁴ VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 60.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

implícitos que pudiera producir el silencio del legislador son cubiertos directamente *in toto* por la fuerza normativa de la Constitución⁵⁷⁶.

En estos casos, la *interpositio legislatoris*, siguiendo a Prieto Sanchís⁵⁷⁷, ha dejado de ser una mediación necesaria para la aplicación de la Constitución o, al menos, de los derechos fundamentales, lo que supone entonces que los operadores jurídicos acceden y pueden hacer uso de los mismos de manera directa y ya no a través de la previa interpretación o decisión del legislador. Así pues, las anteriores normas contienen una estructura condicional hipotética, compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia, sin perjuicio que existan leyes posteriores que regulen aspectos atinentes a estas materias y, por ende, pueden ser aplicadas de manera directa e inmediata por los operadores jurídicos e invocadas por los asociados.

2.2.2. Normas de eficacia indirecta

En los dispositivos constitucionales existen normas que contienen obligaciones o encargos dirigidos al legislador, de manera tal que no cobran eficacia por sí mismas, sino que es necesario el concurso de otras normas de rango inferior para que el dispositivo constitucional sea ejecutable. Son normas que necesitan la intervención del legislador, ya que carecen en su composición del nivel suficiente de concreción para que se apliquen de manera directa, por lo cual requieren de un desarrollo

⁵⁷⁶ Un ejemplo de esta clase de normas es el artículo 5º de la Constitución española, el cual precisa: “La capital del Estado es la villa de Madrid”, o el artículo 2º de la Constitución francesa que dispone: “El emblema nacional es la bandera tricolor”. Asimismo, el artículo 30 de la Constitución mexicana indica: “Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres”; y la Constitución de Colombia prescribe: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.” (artículo 11); “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Hábeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas” (artículo 30).

⁵⁷⁷ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 28.

legislativo *a posteriori*, es decir una instrumentación normativa de orden legislativo para que sean plenamente eficaces.

La *interpositio legislatoris* es relevante para que la norma constitucional se concrete y logre todos sus efectos⁵⁷⁸. La naturaleza de este tipo de normas está presente en las normas de mandato, esto es, normas constitucionales que trazan dentro de los márgenes de libre configuración legislativa una obligación de hacer o no hacer, dando origen a situaciones jurídicas forjadas por la Constitución.

Rubio Llorente denomina la competencia para concretar los parámetros de la Constitución como *mandatos al legislador*: “se trata de preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para complementar la estructura prevista en la Constitución”, pero “su eficacia para engendrar también derechos subjetivos correlativos de estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar esas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos *in nuce* en la Constitución”⁵⁷⁹. Frente a este tipo de normas se admite “como inconstitucional, la omisión del legislador y se considera en consecuencia como ilegítimas, las situaciones o relaciones que no se habrían consolidado, si no hubiere existido tal omisión”⁵⁸⁰. La obligación constitucional de legislar entraña asumir que los derechos fundamentales basan su eficacia tanto en asuntos procedimentales o competenciales, como en el desarrollo de una nueva institución, o simplemente en el desarrollo de un aspecto jurídico de carácter material de un derecho

⁵⁷⁸ El Tribunal Constitucional español ha sido claro en destacar que “la inconstitucionalidad por omisión existe solamente cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de elaborar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”: STC, 24/1982, fundamento jurídico n°3.

⁵⁷⁹ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

fundamental⁵⁸¹. Por ende, los mandatos al legislador obedecen a un criterio funcionalista, ya que se trata de disposiciones que no sólo prevén la adopción de normas indispensables para completar la estructura deóntica de la Constitución, sino que, en muchos casos, pretenden acondicionar el ordenamiento jurídico con normas de procedimiento o normas procesales, *verbi gratia*, la adecuación de un cauce procesal para garantizar la protección de los derechos colectivos o hacer realidad los derechos sociales.

Por otra parte, es pertinente poner en evidencia el nexo entre reserva de ley y mandatos al legislador. Al respecto, una posición doctrinaria⁵⁸² considera que la reserva de ley implica no sólo la prerrogativa en favor del legislador de un complejo normativo específico para satisfacer el objeto de ciertas materias, sino la imposibilidad competencial de renunciar a un cauce de acción establecido *ex ante* por la Constitución, es decir, se trata de un límite al legislador. Como afirma Rebollo Puig “se ha entendido que las reservas constitucionales suponen también *un mandato positivo al legislador* de establecer la regulación de la materia, de perfilar directamente en sus rasgos fundamentales la solución jurídica de determinadas cuestiones. La reserva de ley supondría, así, para el legislador la exigencia de *emanar una ley y de hacerlo con determinado grado de concreción*”⁵⁸³. Este margen de acción constituye un mandato al legislador de regular⁵⁸⁴ de manera singular una materia, cuya omisión

⁵⁸¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, n° 24, 1987, p. 27.

⁵⁸² Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, n° 125, mayo-agosto, 1991, pp. 7-173.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 145.

⁵⁸⁴ Así lo reconoció el Tribunal Constitucional español en la STC 58/1982, F. J. 1, según el cual “la reserva de Ley es un mandato al legislador de regular...”. En la Constitución española existen ejemplos importantes de mandatos al legislador: “Una ley orgánica

podría exigirse, puesto que se trata de desarrollar un parámetro especial diseñado por la Constitución⁵⁸⁵. En este sentido, no sólo los mandatos al legislador guardan un carácter irrenunciable, sino que ellos pueden también asumir la forma técnica de reserva de ley⁵⁸⁶.

La cuestión de las competencias del legislador en su variante de mandatos y no de simples permisos ha adquirido un sentido más fuerte a partir del mismo núcleo de la función legislativa, representada en la potestad de libre configuración legal que ha sido supeditada al imperio del principio de supremacía constitucional, subordinando la clásica función

regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución” (artículo 8.2); “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España” (artículo 13.4); “La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente...” (artículo 17.4); “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público...” (artículo 20.3); “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las otras causas de exención del servicio militar obligatorio...” (artículo 30.2); “La ley regulará un estatuto de los trabajadores.” (artículo 35.2); “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo...” (artículo 54); “Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas” (artículo 136.4).

⁵⁸⁵ La doctrina española ha entendido, haciendo referencia a la STC 58/1982, que el objeto de la reserva legal es imponer un mandato al legislador, esto es, “forzar su toma de posición sobre un asunto”. TORNOS MAS, Joaquín, “La relación entre la ley y el reglamento: reserva de ley y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, enero-diciembre 1983, t. I, p. 491. Por su parte, el ordenamiento jurídico italiano hace la diferencia entre la simple reserva de ley, dirigida a proteger el monopolio exclusivo del legislador, de las *riserve rinforzate* en la que además de constituir una reserva legal se exige un desarrollo legislativo sobre contenidos constitucionales. Cfr. MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 7ª ed., t. I, 1967, p. 300, citado por Marcos Gomez Puente, *La inactividad del legislador ...*, *ibidem.*, p. 42.

⁵⁸⁶ En la Constitución colombiana son ejemplos de normas imperativas: “El congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos unos principios mínimos fundamentales...” (artículo 53); “Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b. Administración de justicia; c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e. Estados de excepción; f. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.” (artículo 152).

política a un conjunto de mandatos constitucionales⁵⁸⁷, por tanto, no debe extrañar que el silencio del legislador implique una omisión inconstitucional.

A diferencia de otros momentos históricos, como afirma Gómez Puente⁵⁸⁸, en el modelo constitucional actual la función legislativa es objeto de una doble restricción: en *sentido negativo*, por cuanto la Constitución señala los límites formales y sustantivos del ejercicio del poder legislativo y, en *sentido positivo*, en cuanto contiene verdaderos mandatos al legislador no sólo referidos al contenido previsible de las determinaciones legales, sino incluso a la oportunidad de la intervención legislativa; entonces si la Constitución ha reconocido o atribuido a unos titulares de derechos una determinada situación jurídica, pero su disfrute se encuentra supeditado a una reserva legal, el silencio del legislador se convierte en una omisión inconstitucional, puesto que transgrede el mismo sistema de fuentes determinado por el orden superior.

En consecuencia, la Constitución no deja parcelas abandonadas a la absoluta discrecionalidad del legislador, pues sólo existe esa opción cuando el criterio de la decisión deja de ser jurídico, en sentido estricto, para convertirse en un argumento estrictamente de conveniencia, de oportunidad o político⁵⁸⁹. De allí que cuando se trate de la dilación injustificada a un “deber inexcusable”⁵⁹⁰ de legislar, en orden, por ejemplo

⁵⁸⁷ Según Crisafulli, la aparición de una *forma legal constitucional* coloca a la Constitución en un escalón superior a la ley y las demás fuentes tradicionales. El principio tradicional de *jerarquía* cede terreno a un nuevo principio de *competencia*. Cfr. CRISAFULLI, Vezio, “Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti”, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960, pp. 784 y s.

⁵⁸⁸ GOMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador*, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸⁹ Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 307.

⁵⁹⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 66.

a garantizar y hacer efectivos derechos sociales, dicho proceder deba ser censurado a través de diversos medios de control que le han sido legados al ordenamiento jurídico. Dentro de esta categoría de normas de eficacia indirecta en relación con el legislador, es posible identificar las siguientes⁵⁹¹:

1) Normas constitucionales de principio o de valores: son aquellos preceptos normativos cuyo contenido está comprendido por enunciados de principios (carácter deontológico-ámbito del deber ser) y valores (carácter axiológico-ámbito de lo bueno)⁵⁹², los cuales por su textura abierta y abstracta necesitan de la intervención legislativa; la máxima representación de los principios son los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización, es decir órdenes al legislador para que el objeto protegido por un derecho fundamental se realice en la mayor medida posible y el órgano judicial será el encargado de verificar su cumplimiento, y en caso de ser necesario, proceder a su aplicación directa.

⁵⁹¹ Por ser útil y debidamente tratada, se acoge la tipología de normas constitucionales expuesta por Laura Rangel Hernández, que, a su vez, se apoya en Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 14-27. Sin embargo, es preciso aclarar que en relación con los derechos sociales no es posible incluirlos dentro de la categoría de normas constitucionales programáticas expuesta por Zagrebelsky, por cuanto dichos derechos no pueden ser tenidos en cuenta como normas desprovistas de su carácter jurídico. En la primera parte de este trabajo se expusieron las críticas a la posición que le resta fuerza normativa a los derechos sociales. Por tanto, los derechos sociales están incluidos en la categoría de normas de principio o que están abiertas a un desarrollo normativo posterior. En consecuencia, todas las normas constitucionales tienen fuerza jurídica vinculante y pueden necesitar del concurso legislativo para desplegar la plenitud de sus efectos jurídicos; por esta sola circunstancia, no es posible afirmar que los derechos sociales son simples normas directivas o programáticas inefectivas, ya que, como se sostiene en la primera parte de este trabajo, estos derechos de vinculación positiva tienen un núcleo normativo esencial y pueden ser objeto, en determinados casos, de aplicación directa mediante el recurso de amparo constitucional.

⁵⁹² “Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva. De esta manera, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos.” ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 125.

2) Normas permisivas o facultativas: dentro de los márgenes de acción del legislador se encuentran unos ámbitos que no corresponden ni a lo ordenado ni a lo prohibido, esto es, constituyen espacios confiados a la potestad o libre discrecionalidad del legislador para la elaboración de normas que regulen determinadas materias⁵⁹³. La Carta usualmente contiene disposiciones dirigidas al legislador que, tomando la forma de permisos, le autorizan adoptar actos con determinadas consecuencias jurídicas, se trata del otorgamiento de un ámbito total de libertad al legislador, en cuanto a adoptar una determinada medida. El órgano legislativo tiene, entonces, la facultad de regular una materia, pero no tiene la obligación o encargo de hacerlo. Ciertamente, el hecho de abstenerse de hacer uso de esta facultad, simplemente sumerge al legislador en una pasividad o inactividad, pero su silencio es inocuo e irrelevante para la omisión inconstitucional. Así las cosas, las normas permisivas pertenecen al imperio de la reserva legal y, por lo tanto, la inactividad del legislador es legítima, esto es, una *opción política* desprovista de efectos antijurídicos, por ende, no debe ser vista como una omisión inconstitucional absoluta o relativa, pues este es soberano en el ejercicio de sus competencias de libre configuración y si no las ejerce se trata simplemente de un “no uso” de la facultad constitucional⁵⁹⁴.

⁵⁹³ “Lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible”: ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 31.

⁵⁹⁴ Estas disposiciones constitucionales con forma de permisiones constituyen normas facultativas. Por ejemplo, la Constitución española permite la creación de agrupaciones de municipios diferentes de la provincia (artículo 141.3); mediante una ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, entre otras (artículo 157.3). En la Constitución colombiana se encuentran los siguientes ejemplos: “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley *podrá* exigir títulos de idoneidad” (artículo 26); “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley *podrá* establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.” (artículo 37); “El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley *podrá* determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.” (artículo 42); “La ley *podrá* establecer los estímulos y

3) Normas imperativas. La Constitución ordena una obligación de “hacer” o “no hacer” al legislador, sin la cual no procede una eficacia directa de la norma. No se trata de la configuración legislativa de varias normas constitucionalmente posibles, sino de una sola, establecida anticipadamente por la Constitución que no tiene definido con nitidez sus ángulos. Por esta razón, se impone la necesidad de una intervención legislativa. De acuerdo con la clasificación adoptada por Zagrebelsky, se puede decir que son normas constitucionales de eficacia diferida, las cuales requieren de una ley posterior que establezca con detalle la forma e instrumentación que ellas primariamente determinan⁵⁹⁵.

los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas” (artículo 57); “El Congreso *podrá*, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.” (artículo 150, num. 10); “La Constitución Política *podrá* ser reformada por el congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo” (artículo 374). Lo destacado es propio.

⁵⁹⁵ La Constitución de Colombia trae los siguientes ejemplos, entre otros, de normas imperativas dirigidas al legislador: “La ley *determinará* lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.” (artículo 42); “El Congreso *expedirá* el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales” (artículo 53, hasta ahora no lo ha hecho); “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, *no pueden* menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (art. 53, norma imperativa negativa); “La ley *establecerá* un régimen especial para las universidades del Estado.” (artículo 69); “La ley *regulará* el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.”; “La ley *regulará* las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También *regulará* las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, *definirá* los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.” (el legislador tardó siete años para cumplir el mandato al expedir la Ley 472 de 1998); “La ley de apropiaciones *deberá* tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva.” (artículo 350); “El Congreso *no podrá* aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministro del ramo.” Lo destacado es propio.

2.2.3. Normas adscriptas de derecho fundamental por interpretación: una tipología normativa que suple la omisión legislativa

Tanto para el Estado constitucional como para el fenómeno de las omisiones legislativas, de acuerdo con los estudios que se consagran a esta materia, las normas de aplicación directa e indirecta han sido siempre relevantes; no obstante, existen normas adscriptas por interpretación o “subreglas constitucionales” que tienen también un valor importante. En el modelo del Estado legislativo de derecho las normas se presentan bajo la forma de una estructura cerrada, esto es como reglas, con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica definida; sin embargo, en el Estado constitucional el ordenamiento jurídico no está solamente compuesto por reglas, sino también por principios y valores⁵⁹⁶ que tienen una textura abierta e indeterminada. Abierta, porque no definen de manera concreta su aplicación, por ejemplo en el caso de la dignidad humana, la justicia social o la paz; e indeterminada, porque se trata de principios que imponen un comportamiento, pero sin que se especifique las modalidades concretas de aplicación. Por ejemplo, la Constitución colombiana precisa: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y

⁵⁹⁶ “Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporáneo, tanto en el mundo anglosajón como en el derecho continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir por el tipo tradiciones de normas jurídicas, sino también por principios. La convicción tradicional, que en la jurisprudencia inglesa aparece en la obra de Austin y se perpetúa con el concepto de derecho de Herbert Hart, y que en el derecho continental aparece sobre todo en los trabajos de Kelsen, sostenía que el derecho estaba constituido exclusivamente por reglas, es decir, por normas bien determinadas, provistas de una estructura condicional hipotética (...) Se consideraba que todo el derecho estaba conformado únicamente por reglas, es decir, por normas, cuyo ejemplo más claro son las del Código Penal, integradas por un supuesto de hecho y una sanción claramente diferenciadas. Como Kelsen aclaró en su Teoría pura del derecho, la estructura de estas normas es condicional hipotética: Si A, entonces deber ser B (...) Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.” BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 95-96.

efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (artículo 13, inciso 2).

El juez constitucional en el proceso de interpretación de los principios ha construido progresivamente “subreglas” que expresan normas de raigambre constitucional, caracterizadas por tener una carga argumentativa vehemente e incorporada en la gramática de otras normas constitucionales. Aunque estas subreglas no cumplen con el proceso tradicional de producción formal exigido para acceder a la nomenclatura normativa, se caracterizan por ser vinculantes de manera general y abstracta a situaciones concretas; entre las múltiples funciones que estas realizan, se encuentra la unificación de jurisprudencia, la cual se produce mediante la construcción de precedentes constitucionales, los cuales, entre otros efectos, solucionan colisiones entre principios constitucionales⁵⁹⁷.

Además, las subreglas cumplen dos funciones muy importantes: (i) contribuyen argumentativamente a la protección de los derechos fundamentales cuando son amenazados o vulnerados (acción de amparo), y (ii) permiten superar las lagunas normativas del ordenamiento jurídico suscitadas por la omisión legislativa y su aplicación de manera uniforme a supuestos fácticos similares, con lo que se garantiza el principio de igualdad⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Un ejemplo es el caso del no pago oportuno de la pensión a un anciano, frente al cual el juez de amparo puede ordenar el pago inmediato en orden a proteger el derecho fundamental al mínimo vital. Ha dicho la Corte Constitucional colombiana: “Verse privado de la única fuente de ingresos, sin expectativas ciertas sobre la fecha en que ésta se haga efectiva, implica el deterioro progresivo de las condiciones materiales, sociales y psíquicas de su existencia, con lo cual se vulneran principios y derechos fundamentales que legítimamente le asisten al pensionado en el Estado social de derecho”. Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001.

⁵⁹⁸ Un estudio importante sobre la temática: ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital. Estudio del caso: despido injusto de mujer embarazada*, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Bogotá, 2002.

Según Alexy las normas de derecho fundamental pueden agruparse en dos conjuntos: uno, las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y, otro, las normas a ellas adscriptas por interpretación⁵⁹⁹. Si bien en principio, las normas de derecho fundamental son sólo aquéllas que se encuentran prescritas directamente por los enunciados constitucionales, también lo son las adscriptas por el orden jurisprudencial, establecidas por las denominadas subreglas.

Al respecto, un ejemplo interesante: la Constitución alemana prescribe: “(...) la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres” (artículo 5°). Alexy afirma que este enunciado no puede ser entendido en sentido descriptivo sino normativo, por ello puede explicarse según los siguientes enunciados deónticos: (i) está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza sean libres y (ii) la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres. Este mandato no revela nada sobre su creación, si existe una vinculación negativa o positiva para el Estado y si presupone la presencia de derechos subjetivos. Al respecto, el Tribunal Constitucional federal ha dado las siguientes respuestas: i) “El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el libre cultivo de la ciencia y su transmisión a las futuras generaciones, facilitando los medios personales, financieros y organizativos”, y ii) “Todo aquel que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza tiene un derecho de defensa en contra de toda influencia

Disponible en <https://did.uniandes.edu.co/images/documents/publicaciones/estudios-ocasionales/4.%20jurisprudencia%20constitucional.pdf> (21/09/15).

⁵⁹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2ª ed., 2008, p. 52. Según este autor, las reglas adscritas por interpretación deben ser tenidas en cuenta como normas de derecho fundametal. Pero, para saber qué reglas son susceptibles de tal carácter, es preciso remitirse al rol de los precedentes judiciales. A partir de estos ha sido posible deducir la existencia del derecho social fundamental al mínimo vital, con el carácter de derecho subjetivo definitivo y vinculante.

estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos”⁶⁰⁰.

En el derecho colombiano el juez constitucional puede concretar una norma adscripta por interpretación a través de dos vías⁶⁰¹. En primer lugar, la *cláusula de derechos innominados*, esto es, la que se encuentra incorporada en el artículo 94 de la Carta, la cual permite el reconocimiento de otros derechos fuera de los incorporados en el texto constitucional y los convenios internacionales, a condición de que sean inherentes a la persona humana. Esta cláusula se desarrolla en conexión directa con los principios constitucionales. En aplicación de la misma se han reconocido como fundamentales los siguientes derechos: la dignidad humana, reconocida básicamente como principio (sentencia T-881 de 2002); el mínimo vital (sentencias T-426 de 1992, T-011 de 1998, T-1103 de 2000); el derecho a la tranquilidad (sentencia T-226 de 1995, T-166 de 2009); el derecho a la vivienda digna y adecuada (sentencia T-626 de 2000, T-025 de 2004, T-045 de 2009), el derecho a la propia imagen (sentencia T-439 de 2009), el derecho a la salud (sentencia T-760 de 2008), los derechos de las víctimas de graves delitos contra los derechos humanos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral (sentencias C-715 de 2012 y C-753 de 2013, entre otras). En segundo lugar, el juez constitucional puede utilizar la *cláusula de apertura*⁶⁰² que permite reconocer derechos fundamentales por fuera del texto constitucional, en virtud del criterio del contenido esencial y el criterio de conexidad, ya sea con un derecho fundamental o con un principio. Como ejemplos se pueden citar: el derecho al agua en conexidad con el derecho a la vida (T-288 de 2008, T-381 de 2009); los derechos morales y extra patrimoniales de autor en

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 52 y s.

⁶⁰¹ Cfr. CÁRDENAS, Blanca Raquel, *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 44-45.

⁶⁰² Decreto Ley 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela o amparo constitucional (artículo 2°).

conexidad con la seguridad social (T-367 de 2009); el derecho a la objeción de conciencia en conexidad con libertad de pensamiento y religiosa (T-388 de 2009).

En aras de ilustrar las normas por adscripción se hará referencia a casos relevantes en los cuales la Corte Constitucional ha reconocido derechos fundamentales a través de la construcción de subreglas y las ha utilizado como referentes particularmente para el control concreto de constitucionalidad en donde se revela una notoria presencia de omisiones legislativas.

En primer lugar, el derecho al mínimo vital, reconocido como derecho fundamental innominado, se aplica a derechos a la pensión, al salario, a las prestaciones sociales, a la salud, en favor de mujeres embarazadas y de personas en estado de indefensión. Entre las subreglas construidas se identifican las siguientes⁶⁰³:

1. *Derecho a la pensión*: las subreglas hacen referencia a los casos de mora en el pago de las mesadas pensionales por jubilación, vejez e invalidez, reconocimiento y reliquidación de pensiones. Se ha precisado que cuando esto ocurre se vulnera al titular su derecho fundamental al mínimo vital; entre las subreglas aplicables que justifican el amparo constitucional se ha previsto las siguientes hipótesis, cuando: *i*) el afectado se encuentra en peligro y el Estado pudiendo prestar el apoyo material mínimo, no lo hace⁶⁰⁴; *ii*) se trata de personas de la tercera edad, ante lo

⁶⁰³ En lo concerniente a las subreglas del mínimo vital construidas por la Corte Constitucional se tomara como referencia en este acápite el texto de: ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta (directores), *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas -CIJUS-, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 23-43.

⁶⁰⁴ Corte constitucional, sentencia T-426 de junio 24 de 1992 y SU-111 de mayo 6 de 1997.

cual se presume de hecho la vulneración al mínimo vital⁶⁰⁵; *iii*) no son personas de la tercera edad, pero se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que pone en peligro su mínimo vital⁶⁰⁶; *iv*) por negligencia en el reconocimiento y pago de la pensión se pone en riesgo a quienes dependen de ella para subsistir⁶⁰⁷ o a su núcleo familiar⁶⁰⁸; *v*) por circunstancias económicas, sociales o jurídicas la entidad correspondiente no hace los pagos, evento que no justifica el incumplimiento por cuanto los créditos laborales de los pensionados prevalecen sobre los demás; *vi*) la mora de los empleadores en el pago de los aportes periódicos no constituye, en principio, motivo para negar el pago de pensiones de invalidez, si su omisión pone en peligro el derecho al mínimo vital⁶⁰⁹; *vii*) no es posible negar el reconocimiento dinerario de una incapacidad laboral permanente, bajo el argumento que no informó de una enfermedad previa⁶¹⁰; *viii*) sólo procede el amparo por solicitud de reajuste o de

⁶⁰⁵ Corte constitucional, sentencia T-278 de junio 4 de 1997; sentencia T-650 de noviembre 10 de 1998.

⁶⁰⁶ Corte constitucional, sentencia T-076 de febrero 28 de 1996; sentencia T-559 de octubre 6 de 1998; sentencia T-160 de marzo 20 de 1997; sentencia T-533 de septiembre 30 de 1998.

⁶⁰⁷ Corte constitucional, sentencia T-458 de septiembre 24 de 1997; sentencia T-264 de mayo 29 de 1998; sentencia T-297 de junio 16 de 1998; sentencia T-307 de junio 23 de 1998; sentencia T-312 de junio 23 de 1998.

⁶⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia T-307 de 1998.

⁶⁰⁹ Corte constitucional, sentencia T-143 de abril 20 de 1998. Las subreglas que se han construido para el tema de la mora en el pago de la pensión de invalidez es similar a la mora en el pago de la pensión de vejez.

⁶¹⁰ En la sentencia T-357 de 1998 la Corte precisó: “Esta Corporación ha sostenido la tesis de que los conflictos jurídicos surgidos entre el empleador y las entidades de que éste se valga para satisfacer las prestaciones correspondientes a la seguridad social de sus trabajadores, no pueden afectar los derechos de éstos, en tanto que forman parte del extremo más débil de la relación laboral, al paso que el empleador y las entidades encargadas de tales prestaciones sociales, son generalmente las partes subordinadas de dicha relación y tienen a su alcance suficientes acciones legales para dirimir las controversias, sin afectar el ámbito de los derechos de los trabajadores, que se encuentra, además, fuera de su libre disposición.”

reliquidación de la pensión en la medida que se demuestre que se afecta el mínimo vital⁶¹¹.

2. *El derecho al salario y a las prestaciones sociales:* Las subreglas construidas en materia de salarios incluyen temas de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales, y la negación del pago de cesantías parciales. La regla general en esta materia se rige por la siguiente premisa: solo de manera excepcional procede el amparo constitucional en situaciones en las que el mínimo vital está comprometido⁶¹². En lo concerniente a la mora en el pago de salarios, se afecta el mínimo vital cuando la mora se prolonga en el tiempo y el salario es la única fuente de ingresos del trabajador, por lo cual se viola su derecho fundamental al mínimo vital⁶¹³. Igualmente, cuando hay mora en el pago del salario al trabajador y este es el único ingreso familiar, en particular de los niños⁶¹⁴. Por excepción se ampara el derecho al pago de cesantías parciales cuando se demuestra que el mínimo vital tiene relación con el derecho a una vivienda digna y adecuada⁶¹⁵.

3. *En materia de salud:* En esta materia las subreglas jurisprudenciales se refieren a los medicamentos no cubiertos por el plan obligatorio de salud (POS). Así, se ampara el derecho al mínimo vital cuando: *i)* no se presta asistencia en salud por falta de las suficientes semanas de afiliación o

⁶¹¹ Corte constitucional, sentencia T-530 de noviembre 20 de 1995.

⁶¹² Corte constitucional, sentencia T-264 de mayo 29 de 1998.

⁶¹³ Corte constitucional, sentencia T-284 de junio 4 de 1998; sentencia T-527 de octubre 16 de 1997; sentencia T-529 de octubre 16 de 1997; sentencia T-651 de noviembre 10 de 1998; sentencia T-434 de junio 10 de 1999; sentencia T-502 de julio 13 de 1999; sentencia T-545 de julio 29 de 1999; sentencia T-657 de septiembre 3 de 1999; sentencia T-679 de septiembre 13 de 1999; sentencia T-263 de mayo 28 de 1997; sentencia T-261 de marzo 6 de 2000; sentencia T-146 de abril 17 de 1996; sentencia T-081 de febrero 24 de 1997; sentencia T-547 de octubre 1 de 1998; sentencia T-1031 de agosto 9 de 2000.

⁶¹⁴ Corte constitucional, sentencia T-174 de abril 8 de 1997.

⁶¹⁵ Corte constitucional, sentencia T-666 de noviembre 13 de 1998.

cotización; *ii*) hay mora patronal en el pago de aportes o *iii*) la enfermedad es preexistente a la afiliación⁶¹⁶

En otro caso, la Corte amplió la extensión de las subreglas al ordenar a la Secretaría de Salud de Bogotá vacunar a un grupo de niños contra la meningitis, enfermedad que no estaba contemplada en los planes básicos de vacunación, con fundamento en la protección del contenido esencial del derecho fundamental a la salud de los menores. Al respecto, precisó: “el Estado tiene la obligación constitucional de establecer una estructura mínima de sanidad para evitar contingencias dramáticas, conocidas y evitables, que amenazan el contenido mínimo no negociable del derecho a la salud de los niños”⁶¹⁷.

4. *En materia de mujeres embarazadas*: Se ha construido una subregla según la cual el derecho innominado al mínimo vital se considera vulnerado cuando no se paga la licencia de maternidad y se despide a la mujer embarazada, por lo cual se debe tutelar el período de descanso de maternidad⁶¹⁸. En los casos de despido o terminación de contrato de una mujer embarazada, la Corte ha aumentado el estándar de protección no

⁶¹⁶ Mucho antes de la decisión T-760 de 2008, la Corte creó un precedente importante al inaplicar a un caso concreto un reglamento de seguridad social con el fin de garantizar el derecho a la salud, mediante la siguiente subregla: “Si, i) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida o la integridad personal del interesado; ii) el sustituto del medicamento o tratamiento no obtiene el mismo nivel de efectividad necesario para proteger el mínimo vital del paciente; iii) el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido; iv) no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud y; v) el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante, entonces el medicamento o tratamiento requerido debe ser suministrado al interesado para impedir la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.” Ver: Sentencias T-283 de junio 4 de 1998, T-328 de julio 3 de 1998, T-329 de julio 3 de 1998.

⁶¹⁷ Corte constitucional, sentencia SU- 225 de mayo 20 de 1998.

⁶¹⁸ Corte constitucional, sentencia T-119 de marzo 11 de 1997; sentencia T-774 de junio 22 de 2000; sentencia T-1033 de agosto 9 de 2000; sentencia T-622 de mayo 26 de 1997.

solo al otorgar el amparo constitucional para acceder al pago de lo debido, sino también al ordenar el reintegro, causal de derecho laboral que no está contemplada en la ley, omisión relativa. Se considera que la indemnización por despido injusto no es excluyente de la nulidad de la causal de terminación unilateral del contrato⁶¹⁹. La subregla jurisprudencial es la siguiente: “es nulo todo despido injustificado de mujer embarazada y por lo tanto da pie para un reintegro de la trabajadora”⁶²⁰.

Además, en contratos a término fijo que son objeto de renovación más de tres veces, la Corte ha considerado que se trata de contratos a término indefinido; así pues, la no renovación del contrato cuando sigue existiendo el puesto de trabajo, constituye un despido⁶²¹. Al respecto, la subregla es la siguiente: “procede la tutela para proteger a una mujer despedida por estar embarazada sin justificación y el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que apareja es devastador”.

Con el fin de proteger a la mujer embarazada, la Corte aplica un test, visto por el precedente constitucional como una subregla, del siguiente orden: “los elementos fácticos que deben quedar demostrados para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad laboral reforzada, son los siguientes: *i*) que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; *ii*) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; *iii*) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; *iv*) que el despido amenaza el

⁶¹⁹ Corte constitucional, sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997.

⁶²⁰ Corte constitucional, sentencia T-373 de julio 22 de 1998.

⁶²¹ Corte constitucional, sentencia T-1620 de diciembre 5 de 2000.

mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparece es devastador”⁶²².

5. *Sobre personas en estado de indefensión*: Se considera que se encuentran en estado de indefensión por la afectación del mínimo vital las personas privadas de la libertad⁶²³, los habitantes de la calle⁶²⁴, los secuestrados⁶²⁵ y los sindicatos⁶²⁶.

En segundo lugar, se encuentra el tema de la consulta previa que según lo regulado por el Convenio 169 de la OIT es un derecho fundamental que no se puede desconocer y opera respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y

⁶²² Corte constitucional, sentencia T-373 de julio 22 de 1998.

⁶²³ A las personas privadas de la libertad se le puede afectar el derecho al mínimo vital cuando no se garantiza una alimentación adecuada. La subregla es la siguiente: “Si la administración carcelaria (Estado) no satisface el mínimo vital de las personas reclusas en las cárceles se vulneran sus derechos fundamentales”: Corte constitucional, sentencia T-714 de diciembre 16 de 1996. Y se afirma que “el Estado debe asegurar a los presos las condiciones mínimas de subsistencia requeridas, entre las cuales se incluye la debida alimentación con las características mínimas de higiene, valor nutricional, calidad y cantidad que permitan una sana y completa alimentación”: Corte Constitucional, sentencia T-208 de abril 12 de 1999.

⁶²⁴ La subregla es del siguiente orden: “si una persona está [puesta] en una situación de indigencia absoluta, en particular cuando la marginalidad social y económica la ubica en circunstancias de debilidad manifiesta, cabe reconocer en cabeza del sujeto y a cargo de la entidad pública respectiva, el derecho a recibir la prestación correspondiente, estableciendo –a la luz de las circunstancias– las cargas retributivas a su cargo, las cuales pueden consistir en trabajo social”: Corte Constitucional, sentencia T-533 de septiembre 23 de 1992.

⁶²⁵ Este estado de indefensión se origina cuando la empresa en la que labora la persona secuestrada no le paga a los familiares las acreencias laborales: “se trata de evitar un perjuicio irremediable que amenaza en forma grave la vida y subsistencia de quienes, con ocasión del secuestro de su marido o padre, se han visto privadas de los medios requeridos para satisfacer sus necesidades esenciales ante la negativa de la entidad accionada para pagarle a dichas beneficiarias los salarios correspondientes”: Corte Constitucional, sentencia T-015 de enero 23 de 1995. Este pronunciamiento se hizo dada la grave situación de violencia política en Colombia en donde los actores armados irregulares han recurrido, como fuente de financiación, al secuestro de personas particulares y funcionarios públicos.

⁶²⁶ Para la Corte se afecta el mínimo vital necesario para la subsistencia de un sindicato, cuando el patrón retiene de manera indebida o incurre en mora en el pago de los aportes sindicales
Ver: sentencias T-324 de 1998 y T-300 de 2000.

demás pueblos étnicos como los afrodescendientes. Aunque hasta el momento existe en el ordenamiento jurídico colombiano una ley estatutaria que regule el derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional para suplir esta ausencia normativa ha construido una serie de normas por adscripción interpretativa desde la sentencia T-428/92⁶²⁷ hasta la sentencia más importante en la línea, la C-366/11⁶²⁸. En este orden las subreglas son las siguientes:

1. *Condiciones que se deben reunir para adelantar consulta previa* (C-030/2008⁶²⁹, SU-383/2003⁶³⁰, SU-039/1997⁶³¹). Para que a una medida legislativa o administrativa le sea imponible el deber de adelantar la consulta previa debe afectar directamente los derechos de las comunidades diferenciadas. Esta incidencia directa se produce en tres escenarios: “i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a un proceso de decisión que cuente con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida esté vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”⁶³².

⁶²⁷ Corte constitucional, sentencia T-428 de junio 24 de 1992.

⁶²⁸ Corte constitucional, sentencia C-366 de mayo 11 de 2011.

⁶²⁹ Corte constitucional, sentencia C-030 de enero 23 de 2008.

⁶³⁰ Corte constitucional, sentencia SU-383 de mayo 13 de 2003.

⁶³¹ Corte constitucional, sentencia SU-039 de febrero 3 de 1997.

⁶³² Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011.

Para la Corte Constitucional la participación de las comunidades étnicas debe adelantarse, así: “(i) el conocimiento pleno de la comunidad étnica acerca del contenido del proyecto y los mecanismos en que será ejecutado; (ii) que la comunidad sea ilustrada sobre el grado de incidencia que la ejecución del proyecto minera tendrá sobre los elementos y circunstancias que conforman esa identidad diferenciada; (iii) que la comunidad pueda deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes. Por ende, dicha participación no se perfecciona con la simple notificación a la comunidad acerca del contenido del proyecto; y (iv) en caso que la concertación no sea posible, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”⁶³³.

2. Condiciones y etapas de la consulta previa: La sentencia C-175 de 2009 incorporó subreglas y criterios de interpretación y aplicación de la consulta previa, en los siguientes términos: “(i) La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente; (ii) El trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de la medida por parte de los pueblos interesados, aunque su participación debe ser activa y efectiva, lo que significa que su punto de vista debe ser tomado en consideración por el Estado, al momento de determinar la viabilidad de la medida; (iii) El

⁶³³ *Ibid.*

derecho a la consulta previa es un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, por lo que no puede reducirse a simples trámites administrativos; (iv) Los procesos de consulta deben adelantarse a través de una comunicación efectiva y basada en el principio de buena fe. Para que ello sea posible, las comunidades deben contar con información y acompañamiento, presupuestos necesarios para la efectividad del derecho; (v) La gravedad de la afectación es un asunto que debe analizarse a partir del significado que para los pueblos posiblemente afectados tengan los bienes y prácticas sociales eventualmente interferidas por la medida, norma o programa a desarrollar; (vi) Debe existir un trámite preconsultivo en el que se defina, de común acuerdo entre gobierno y representantes de los pueblos interesados, las bases del procedimiento participativo (consulta de la consulta); (vii) La consulta debe incorporar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados, para determinar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas; y (viii) Cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida, norma o programa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto, pero desprovista de arbitrariedad; atendiendo parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad y buscando mecanismos dirigidos a mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo”⁶³⁴.

3. *Consecuencias del incumplimiento del procedimiento de consulta previa*: cuando se inobserva por parte del legislador el derecho fundamental a la consulta previa, la sentencia C-366 dijo que esto implica: “j) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello

⁶³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009, citada por la sentencia T-247 de 2015.

resulte posible, *ii*) la exequibilidad condicionada del precepto que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas”. A este respecto, la Corte en sentencia C-461 de 2008 previó un grupo de criterios que sirven de guía para determinar las consecuencias de la omisión de la consulta. En efecto, para decidir sobre la exequibilidad condicionada o la declaratoria de inconstitucionalidad, se tienen en cuenta los siguientes aspectos: “*i*) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afro-descendientes; *ii*) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes que la componen; *iii*) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y *iv*) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas”⁶³⁵.

En tercer lugar, se encuentra el tema del precedente administrativo⁶³⁶. La actividad administrativa está confrontada diariamente a la adopción de decisiones que exigen, en virtud de un margen de discrecionalidad, un ejercicio de valoración de las situaciones fácticas y su acoplamiento a situaciones de derecho, tales como por ejemplo, la solicitud de reajuste al índice de precios al consumidor (IPC) de una pensión o asignación de retiro de un miembro de la fuerza pública, la homologación o validación de un título obtenido en el exterior, la valoración de una oferta económica en un proceso de licitación, la indemnización de un daño antijurídico causado por una arma de dotación oficial. En estos casos se espera de la administración una actuación congruente cuando se trata de adoptar una decisión, es decir, tomar una decisión similar a la adoptada en el pasado por acreditar supuestos análogos. El derecho colombiano para atenuar ese déficit de coherencia y evitar una ruptura del principio constitucional

⁶³⁵ Corte constitucional, sentencia C-063 de febrero 4 de 2010.

⁶³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2008.

de igualdad en el que podría incurrir la administración ha creado lo que se ha denominado por Sánchez Pérez un “precedente administrativo indicativo”⁶³⁷, el cual se origina en el reconocimiento de eficacia y fuerza jurídica a las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, representadas por un precedente judicial, susceptible de ser aplicadas de manera *a posteriori* en materias e instancias administrativas. De este modo, cuando existe una sentencia de unificación o un precedente constitucional perfectamente identificado, la actuación de la administración está condicionada en un caso concreto a la aplicación de los mismos supuestos de derecho adoptados anteriormente en sede judicial. Se trata de un precedente administrativo indicativo, pues la administración no produce en sí formalmente derecho, sino que aplica las decisiones judiciales unificadas adoptadas en el pasado a un caso presente. El precedente a título indicativo es la aplicación por analogía de una sentencia de unificación o precedente constitucional en instancia y materia administrativa, y se encarga de relativizar la discrecionalidad de la administración en una decisión posterior para un caso concreto. Por tanto, si bien el precedente se convierte en una práctica instrumental que busca reducir el margen de discrecionalidad de la administración y controlar la toma de decisiones, la ley no ha regulado integralmente esta fuente formal de derecho, ante lo cual se ha establecido un compendio de subreglas que indican el modo de aplicación de las sentencias de unificación de las altas cortes a la práctica administrativa.

Las autoridades administrativas tienen la obligación de aplicar el precedente judicial delineado por los tribunales de cierre de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional a partir de las siguientes normas de origen jurisprudencial determinadas por la sentencia C-539 de 2011⁶³⁸:

⁶³⁷ *Ibidem*, p 68.

⁶³⁸ Corte constitucional, sentencia C-539 de julio 6 de 2011.

“i) Todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de los tribunales de cierre; ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley; iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de los tribunales de cierre o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta: (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por los tribunales de cierre, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (art. 13 C.P); vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicarla al caso concreto, similar o análogo, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, admitido a los jueces; vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de los tribunales de cierre; viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; ix) en

caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (*erga omnes*, en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes*, para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi* tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas; xi) el desconocimiento del precedente judicial de las altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales y, por tanto, una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar: (a) a la responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas; (b) a la interposición de acciones judiciales, entre ellas, la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales”.

Finalmente, a modo de ejemplo se presenta un caso de creación de reglas jurisprudenciales en materia de parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007⁶³⁹ estableció dos importantes subreglas, por una parte, determinó que el trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad y, por otra, se presume que dicho trato es discriminatorio, salvo si se desvirtúa esta presunción, cuando i) se pretende alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; ii) es adecuado y necesario para cumplir con ese objetivo; iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos.

⁶³⁹ Corte constitucional, sentencia C-075 de febrero 7 de 2007.

Más tarde, la Corte constitucional, en la sentencia C-811 de 2007⁶⁴⁰, tomando como marco de referencia la sentencia C-075 de 2007⁶⁴¹ utilizó estas subreglas de origen jurisprudencial y estimó que el régimen de cobertura familiar del plan obligatorio de salud del régimen contributivo es discriminatorio y debe ser aplicable también a las parejas del mismo sexo. En la misma vía, se encuentran las sentencias T-856 de 2007⁶⁴² y C-336 de 2008⁶⁴³ que utilizando estas reglas de adscripción por interpretación, extendió a las parejas del mismo sexo la protección propia de la pensión de sobrevivientes.

En suma, las normas por adscripción interpretativa construidas por la Corte Constitucional han servido para suplir las deficiencias de normas ausentes.

Conclusión capítulo I

En el Estado constitucional la vinculación del legislador a los derechos fundamentales y a los derechos humanos en general opera a través de un doble mecanismo. En primer lugar, un componente de carácter negativo, es decir, una obligación de interdicción de lesión que vulnere dichos derechos. En segundo lugar, un componente de carácter positivo, en especial en relación con los derechos sociales, el cual se manifiesta en los diferentes encargos o mandatos incorporados en las normas constitucionales de eficacia indirecta y en las obligaciones definidas por el derecho internacional con el fin de garantizar la eficacia de tales derechos.

⁶⁴⁰ Corte constitucional, sentencia C-811 de octubre 3 de 2007.

⁶⁴¹ Corte constitucional, sentencia C-075 de febrero 7 de 2007.

⁶⁴² Corte constitucional, sentencia T-856 de octubre 12 de 2007.

⁶⁴³ Corte constitucional, sentencia C-336 de abril 16 de 2008.

Es importante destacar que el déficit de desarrollo normativo interno y las situaciones graves de insatisfacción de necesidades básicas de la población, como sucede en el caso colombiano, ha incentivado el reconocimiento de derechos fundamentales por vía de adscripción, lo cual ha conllevado a que la Corte Constitucional realice un importante esfuerzo hermenéutico para garantizar un mejor estándar de protección en forma más eficaz, concreta y directa.

Pese a estos esfuerzos pretorianos, el fenómeno de la omisión legislativa suscita serías tensiones entre el principio de supremacía constitucional y el principio democrático, pues ante la inactividad del legislador que deteriora la eficacia de los derechos fundamentales, se produce una fractura cada vez más profunda entre el principio democrático y los mandatos del Estado constitucional. Por tanto, si bien existe una clara vinculación positiva del legislador a la Constitución y a las obligaciones de carácter internacional, existe un importante defecto de protección de los derechos sociales al no existir las suficientes garantías judiciales, entendiéndose por ello, una programación normativa de medios o técnicas de control y sanción que ampare los derechos subjetivos de las personas frente a omisiones legislativas inconstitucionales o inconventionales. De esta manera, resulta indispensable desarrollar un análisis integral del control constitucional de las omisiones legislativas en materia de derechos fundamentales.

CAPÍTULO II: EL OBJETO Y LA SANCIÓN DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

El problema que se aborda en este capítulo es el siguiente: las garantías jurisdiccionales⁶⁴⁴ para proteger los derechos fundamentales, en especial

⁶⁴⁴ Pérez Luño cuando define los derechos fundamentales precisa que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar su significado es el de gozar de un régimen de protección jurídico reforzado. Por ello, distingue tres grandes bloques de garantías constitucionales: normativas, jurisdiccionales e institucionales. Cfr. PEREZ

los sociales, son deficientes frente a la omisión de desarrollo normativo, cuando este es necesario. En efecto, la ausencia o insuficiencia normativa del legislador vacía de contenido estos derechos y pone en cuestión incluso las bases del Estado constitucional, pues los expone a un nivel de ineffectividad⁶⁴⁵. La *falta de plenitud* de los derechos se produce por la omisión de normas que se encuentran en la esfera de lo “indecible que no”, es decir, mandatos que no pueden dejar de ser decididos por el legislador, lo que genera “lagunas” en el ordenamiento jurídico que impide la eficacia plena de un derecho y, sobre todo, surgen efectos normativos implícitos opuestos a la Constitución y a las obligaciones internacionales, y con la propensión de producir eventuales daños antijurídicos en los particulares.

Por consiguiente, si un Estado constitucional no confiere la eficacia necesaria a los derechos fundamentales por no contar con técnicas efectivas de defensa similares a las introducidas para los derechos de corte liberal, el ordenamiento jurídico tendría, en sentido estricto, exclusivamente obligaciones negativas -de “no hacer”-, entonces, se

LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 65. Debido a la especificidad de la investigación, en este capítulo se estudiarán únicamente las garantías jurisdiccionales frente al fenómeno de la omisión legislativa.

⁶⁴⁵ Ferrajoli habla no solo de la efectividad e ineffectivid primaria, de primer grado o sustancial, cuando hace referencia a la observancia o inobservancia de las normas y garantías primarias, sino también de la efectividad o ineffectivid secundaria o de segundo grado o jurisdiccional, en los siguientes términos: “no sólo los derechos, sino todas las situaciones y las normas jurídicas son efectivas (o ineffectivas) en vía secundaria si y sólo si son efectivas sus garantías secundarias. Su efectividad (o ineffectivid) secundaria depende, concretamente, de la efectiva actuación (o no actuación) de las garantías secundarias de la anulabilidad y de la responsabilidad por los actos inválidos o ilícitos que violan las garantías primarias y los derechos conectados, y por tanto de la efectividad (o ineffectivid) de las respectivas normas secundarias o de derecho procesal. Se trata de una efectividad no espontánea ni inmediata, que por ello he llamado también ‘procesal’ al consistir en la aplicación jurisdiccional de remedios más o menos reparadores –la anulación de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos – a la inobservancia de las normas primarias. Depende pues, en la práctica, del buen funcionamiento de los órganos de justicia. Hablaremos por ello de una efectividad secundaria de la Constitución si sus violaciones por parte del legislador y de los demás poderes públicos resultan constatadas y eliminadas por la jurisdicción constitucional o por la ordinaria”: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*, T I, *op. cit.*, pp. 657 y 658.

trataría de un Estado legislativo de derecho. Como esta conclusión es insostenible, porque significaría aceptar que no se produjo un cambio de paradigma con el Estado constitucional, es preciso, por tanto, dilucidar las técnicas orgánico-procedimentales de corrección o sanción de naturaleza judicial de los derechos fundamentales, especialmente los sociales, afectados por fenomenologías de omisión legislativa.

Por lo anterior se estudiará, en primer lugar, el objeto del control de la omisión legislativa y la tipología de omisiones (1) y, en segundo lugar, las técnicas orgánico-procedimentales que ha construido el ordenamiento jurídico colombiano y otros ordenamientos para corregir los efectos de este fenómeno causado por las fenomenologías de omisión (2).

1. EL OBJETO DE CONTROL DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL Y LA TIPOLOGÍA DE OMISIONES

Uno de los problemas básicos a resolver en el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas es su objeto, es decir, qué se debe controlar por parte del juez constitucional cuando se encuentra frente a fenómenos de omisión legislativa. El control constitucional en relación con los derechos de libertad, que son, en esencia, derechos negativos, se realiza cuando el legislador desconoce sus garantías primarias, es decir, los *límites fundamentales* consistentes en prohibiciones de lesión; en cambio, el control constitucional en relación con los derechos sociales, que, en general, son derechos positivos, se debería realizar cuando se infringen por omisión los *vínculos fundamentales* consistentes en la obligación de prestaciones a cargo del legislador⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, T. I. *Ibid.*, p. 731.

Por lo anterior, es preciso estudiar, en primer lugar, la incorporación en el derecho colombiano del control constitucional de las omisiones legislativas (1.1), la tipología de omisiones (1.2) y un evento extraño producido por las fenomenologías de omisión consiste en la formación de mutaciones constitucionales (1.3).

1.1. El objeto del control de la omisión legislativa inconstitucional

Sobre el objeto del control por desconocimiento de *vínculos fundamentales*, la doctrina se encuentra dividida en dos grandes corrientes⁶⁴⁷. La primera, identifica el objeto de control de la omisión inconstitucional con la inejecución de un mandato u obligación constitucional de hacer. La segunda, visualiza el objeto de control a partir de los efectos normativos implícitos que se desprenden del silencio del legislador, los cuales regulan una situación jurídica determinada de manera contraria y diferente a la prevista por la Constitución y a las obligaciones internacionales⁶⁴⁸. A esta posición se adhiere y refuerza el presente trabajo.

1.1.1. Tesis obligacionista: la omisión inconstitucional como incumplimiento de un mandato

En el Estado constitucional existe un problema serio frente a lo que se entiende por plenitud y coherencia de las normas, pues se presentan con

⁶⁴⁷ Al respecto se sigue las categorías conceptuales del objeto del control de los silencios legislativos de VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, *op. cit.*, pp. 96-109.

⁶⁴⁸ Villaverde expresa en cuanto al debate entre obligacionistas y normativistas que la diferencia estriba en el motivo de la inconstitucionalidad por omisión, si para los obligacionistas el silencio legislativo respecto a la obligación de legislar es contrario a la Constitución cuando ha pasado un tiempo razonable en el que el legislador pudo cumplir con ese deber, para los normativistas el silencio es la causa eficiente de la existencia de una norma implícita que se crea, con lo que se conserva situaciones jurídicas indeseadas y no previstas por la Constitución. Cfr. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional", *op. cit.*, p. 58.

frecuencia lagunas y antinomias entre estas; en palabras de Prieto Sanchís⁶⁴⁹, las lagunas son *vicios por omisión* que se traducen en la indebida ausencia de normas cuya producción es obligatoria por mandato de otra norma superior. Por el contrario, las antinomias son *vicios por comisión* que suponen la indebida producción de una norma prohibida por hallarse en contradicción con otra superior, en particular con una norma constitucional.

De tal manera, la vinculación del legislador a la Constitución puede fracasar, además de lo sentado por obvias razones en materia de acción, también por vicios de omisión, ya que la ausencia de vinculación del poder legislativo a los derechos fundamentales los convierten no solo en ineficaces, sino que trastorna la actividad de los otros poderes públicos, aumentando exponencialmente, en muchos casos, el ejercicio de las competencias discrecionales por parte de la administración y avivando una suerte de activismo judicial. Se debe recordar que, en efecto, la ley ha sido y sigue siendo el catalizador más importante de las demás ramas del poder público, pues se encarga plausiblemente de fijar el grado de vinculación y concreción de sus normas con los derechos fundamentales⁶⁵⁰.

Si se toma en serio el Estado constitucional, el fenómeno de la omisión del legislador debe ser superado a través de la introducción de los correctivos

⁶⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., p. 77.

⁶⁵⁰ Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional -UNED*, n.º 20, 2007, p. 279. Según Villaverde “[l]o relevante para el obligacionismo no es que la consecuencia de ese silencio sea una norma implícita que crea o mantiene una situación contraria a la Constitución, sino que con ese silencio el legislador ha vulnerado cierto tipo de reservas de ley: aquéllas que no sólo reservan a la ley cierta materia, sino que además imponen al legislador la obligación de crear esa ley. En suma, para el obligacionismo la inconstitucionalidad de la omisión deriva únicamente de la infracción de ciertas reservas de ley habidas en una Constitución”. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional, op. cit., p. 61.

necesarios mediante el ejercicio de técnicas judiciales de reparación, pues hasta tanto no se colme este déficit de programación normativa, la Constitución estaría convertida en una norma inaplicada y, en consecuencia, se produciría una especie de estado interino de excepcionalidad al interrumpirse el fluir de su contenido normativo, lo cual ha conllevado, en muchas ocasiones, como lo analizamos anteriormente, a un ejercicio judicial exorbitante de creación de normas por adscripción interpretativa, es decir, a un preocupante escenario de activismo judicial.

El problema del activismo judicial frente a fenómenos de omisión no es más que el problema de los límites, que cuando se desconocen atentan contra el modelo de Estado. En otras palabras, las funciones de la Constitución, las cuales están enraizadas básicamente en la caracterización del Estado y la introducción de vínculos negativos y positivos, no pueden quedar a la libre disposición de quien ejerce el control judicial sobretexo de atender fenómenos de omisión.

Ante estos riegos, la tesis obligacionista funda el objeto del control judicial en la conducta del legislador, esto es, en el incumplimiento de sus obligaciones de legislar sobre normas de carácter indirecto plasmadas en la Constitución⁶⁵¹; así las cosas, es contrario a derecho el silencio del legislador respecto de una obligación de hacer contenida expresa o implícitamente en una norma imperativa de la Constitución.

Desde el punto de vista de la tesis obligacionista, Fernández Rodríguez describe el fenómeno como la “falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se

⁶⁵¹ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 96-97.

impide su eficaz aplicación”⁶⁵². Por su parte, Gómez Puente afirma que la “omisión (...) no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer *algo* normativamente determinado. Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que esta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa”⁶⁵³. En la misma perspectiva, Astudillo entiende que la omisión legislativa “[es] toda inercia o silencio del legislador que deja de concretar un acto de producción normativa que le viene impuesto desde la Constitución”⁶⁵⁴. A su vez, González Beilfuss, haciendo referencia a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, considera que “la inconstitucionalidad por omisión existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”⁶⁵⁵.

Estos autores, que recogen fielmente el espíritu doctrinal de la tesis obligacionista, consideran que la fiscalización de las omisiones se justifica por la defraudación de un deber de legislar establecido en la Constitución, lo cual ubica el centro del debate en el período de tiempo de inacción del legislador⁶⁵⁶. Según, esta corriente “el objeto del proceso judicial será (...) dilucidar si en efecto existe tal obligación de legislar, cuál es su ámbito, y, en caso tal, declarar la inconstitucionalidad de la omisión legislativa, sea

⁶⁵² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Jose Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General, Derecho comparado, el caso español*, op. cit., p. 81.

⁶⁵³ GOMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, op. cit., p. 19.

⁶⁵⁴ ASTUDILLO, Cesar. “La inconstitucionalidad por omisión en México”, en *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, Miguel Carbonell (Coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 397.

⁶⁵⁵ GONZALEZ BEILFUSS, Markus. *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 42.

⁶⁵⁶ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, en *Revista de las Cortes Generales*. Madrid, No. 75, 2008, p. 33.

ésta absoluta o relativa, reconociendo el derecho individual a que el legislador legisle”⁶⁵⁷.

La Corte Constitucional colombiana intentó, en sus inicios, acercarse a esta corriente obligacionista, al afirmar que la omisión legislativa no es un simple no hacer, sino que es necesario que en la misma Constitución esté contenida una obligación de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y, bajo este supuesto hipotético, el legislador podría incumplir su deber; de tal suerte que la omisión legislativa es “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”⁶⁵⁸. Igualmente, dijo que “el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado a una ‘obligación de hacer’ cuando el Constituyente así lo consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actividad negativa en una violación a la Carta”⁶⁵⁹. En resumen, para este tribunal la omisión es un deber de acción expresamente señalado en el orden constitucional, el cual se convierte en una inejecución no justificada de una reserva de ley necesaria y concreta.

A la luz de la corriente obligacionista parece razonable la exigencia de un mandato constitucional claro y directo para el legislador en relación con determinada materia, cuyo incumplimiento genere una inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, lo cuestionable es que en aquellos casos en los cuales se presenta una carencia absoluta de legislación no habría posibilidad de ejercer control judicial alguno, pues si no hay acción, no hay acto qué comparar con las normas superiores y, por lo tanto, no hay acto que pueda ser sometido a control, situación que para algunos sería vista

⁶⁵⁷ VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-543 de octubre 16 de 1996.

⁶⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-188 de mayo 8 de 1996.

como una indebida invasión del control constitucional en el principio democrático⁶⁶⁰.

Desde esta perspectiva, lo que se requiere no es solo una constatación previa y recurrente de una mora legislativa respecto de un encargo constitucional sino la identificación de la laguna, lo cual constituye una ausencia indebida de una forma legal cuya producción resulta obligatoria por una norma constitucional y que dicha ausencia pone en juego la misma fuerza normativa de la Constitución, ya que una laguna, en términos de Prieto Sanchís, vuelve inaplicable y, por tanto, ineficaz las propias normas constitucionales. En otras palabras, la omisión anula el deber ser jurídico de la Constitución en la medida que su fuerza vinculante es desdibujada por el silencio del legislador y su contenido normativo aplazado. El enfoque de la tesis obligacionista conduciría a reconocer una crisis del principio de plenitud e integración del orden jurídico, puesto que existirían lagunas absolutas no susceptibles de ser superadas por el control jurisdiccional, lo cual sería abiertamente contrario al modelo de Estado constitucional.

La postura de la tesis obligacionista conduce a plantear dos soluciones opuestas y problemáticas: (i) aceptar que no es posible una técnica judicial de corrección adecuada frente a omisiones absolutas; o (ii) estimular un exorbitante activismo judicial con fines correctivos, con lo cual se aumentarían significativamente las tensiones intrínsecas entre el principio democrático y el de supremacía constitucional, amén de afectar la estructura de la democracia constitucional, lo que significaría, en últimas, un regreso a un derecho jurisprudencial premoderno; en fin, se correría el riesgo de entrar al espacio controversial de un “gobierno de jueces” sin control⁶⁶¹.

⁶⁶⁰Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1996.

⁶⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.*, p. 83.

Por lo anterior, la teoría obligacionista implica las siguientes problemáticas:

1. *En cuanto a la identificación normativa.* El control por la omisión inconstitucional procedería únicamente cuando exista un deber sobre el legislador de regular una materia determinada por la Constitución, lo cual demanda del juez un análisis más allá del debate sobre la legitimidad, pues lleva implícita la cuestión de discernir, dentro de la función legislativa, en qué caso se está frente al deber imperativo de producción de normas jurídicas -esfera de lo indecible que no- y en qué otro se trata de la facultad discrecional del legislador de ejercer o no su función. Respecto a este último, que tiene un carácter esencialmente político y facultativo, se corre el riesgo de que el control judicial se inmiscuya en la órbita del principio democrático y, por lo tanto, su justificación y fundamentación quedarían cuestionadas.

2. *En cuanto a la tipología normativa.* La corriente obligacionista parte del presupuesto del incumplimiento de un mandato constitucional, sin estimar relevante las implicaciones que conlleva la taxonomía normativa plasmada tanto en la Constitución como en las obligaciones internacionales. Por ser la Constitución una norma compleja y de textura abierta, encarna diversos tipos de mandatos, los cuales se deben discernir, diferenciar y clasificar, entre los cuales se encuentran valores, principios, derechos, reglas, garantías institucionales, normas de organización, mandatos al legislador, fines del Estado; lo anterior significa que no todo silencio frente a los mandatos debe ser señalado inexorablemente como una omisión, ya que el grado de eficacia de una norma incorporado en la Constitución o en una obligación internacional no es uniforme, puesto que mientras existen disposiciones que tienen eficacia jurídica directa e inmediata, hay otras

que son mediatas y dependen de la intervención legislativa⁶⁶²; de esta manera, el juez deberá examinar si los silencios del legislador están relacionados con normas de naturaleza imperativa o pertenecen a aquellas del ámbito de la libre configuración legislativa, política, facultativa o discrecional⁶⁶³, a fin de determinar si es jurídicamente posible ejercer control judicial por omisión⁶⁶⁴.

3. *En cuanto al plazo.* Si se admite que toda inercia imputada al legislador que incumpla un mandato constitucional o una obligación internacional de

⁶⁶² Al respecto, Ruiz advierte: “El gran jurista que diseñó las líneas maestras de la teoría del valor jurídico de la Constitución y de la *judicial review* de la legislación, ya advirtió este fenómeno en su obra señera. Según Marshall, ciertamente y como regla general no puede presumirse que haya sido intención del constituyente establecer cláusulas en la Constitución que queden sin efecto, por lo que una construcción que defienda esa tesis es inadmisibles. Ahora bien, esta regla admite una excepción según Marshall, para quien las normas constitucionales tienen eficacia normativa a menos que el texto literal así lo exija (...) Es decir, el propio padre del control judicial de la constitucionalidad de las leyes admite en el texto fundacional de la sentencia *Marbury v. Madison* que el propio poder constituyente puede establecer normas con la intención de que no tengan efecto (mediato o inmediato)”: RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 2, 2004, p. 163. La primera versión de este trabajo se publicó con el título “Las aporías del control de la inactividad del legislador”, en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, No.2, 2000, pp. 99-110. Después, una segunda versión, corregida y aumentada, apareció en la *Revista de las Cortes Generales*, con el título “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, No. 51, 2001, pp. 117-134.

⁶⁶³ En la Constitución colombiana el artículo 247 faculta al legislador para crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. Se observa del enunciado normativo que no se trata de un mandato imperativo, pues se señala que la ley “podrá” crear estos jueces. En consecuencia, la falta de ejercicio de esta competencia no configura una omisión legislativa.

⁶⁶⁴ Si bien Ruiz Miguel es un gran contradictor del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, acepta que este opere cuando la norma superior dispone claramente mandatos imperativos dirigidos al legislador: “En primer lugar, toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador, debe declarar ante todo, qué concepto de Derecho se utiliza como punto de partida. Si el punto de partida es la asunción del positivismo judicial de acuerdo con el cual es inconstitucional lo que así declaren los jueces, el mismo debe estar justificado de forma positiva, pero ¿dónde está el apoyo positivo de este constructo? Ciertamente, algunos ordenamientos han positivizado el mismo, pero donde esto no se ha hecho, ¿cómo justificar su introducción? Sólo si la Constitución le confiere una tal facultad un órgano puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa respecto a un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar.” *Op. cit.*, p. 166.

legislar es por excelencia inconstitucional o contraria a obligaciones internacionales, la tarea del juez no se agotaría en buscar el armazón jurídico-fáctico del incumplimiento para justificar su intervención, sino en indagar probatoriamente y *ex ante* sobre el plazo transcurrido, con el agravante que las normas constitucionales indirectas no contienen, salvo en algunos casos, plazos perentorios en los que deba actuar el legislador. No obstante, el tema del plazo es ambiguo y gaseoso, ya que la determinación de plazos por parte de otra rama del poder público significaría avivar prácticas para-legislativas.

Para suplir esta falencia, se ha introducido el concepto de plazo razonable, aspecto que inexorablemente deja en manos del tribunal constitucional establecer si ha operado una mora judicial. Sin embargo, este elemento produce una incertidumbre irresoluble, pues descansa en una consideración eminentemente subjetiva para determinar cuándo ha transcurrido un periodo excesivamente largo para que el legislador actúe⁶⁶⁵. En palabras de Ruíz, el carácter judicialista de este tipo de construcción “conduce a problemas que no han podido ser resueltos, [como por ejemplo] quien debe interpretar el ‘plazo’ para legislar”⁶⁶⁶. Sucede que por lo general, “las normas constitucionales generales que *necesitan* de concreción para su aplicación no disponen habitualmente de un plazo para realizar tal concreción”⁶⁶⁷. Lo anterior plantea serias dificultades para la teoría obligacionista a propósito del momento en que

⁶⁶⁵ GEISSE FERNÁNDEZ, Luis Felipe y otros, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa; criterios jurisprudenciales del tribunal constitucional chileno*, Universidad de Chile, 2014, p. 23. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116857/de-geisse_.pdf?sequence=1 (21/09/15). Véase: BÁEZ SILVA, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado. Revista Jurídica Nueva serie* año XXXV número 105, septiembre - diciembre 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 742.

⁶⁶⁶ RUIZ MIGUEL, Carlos. “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 168.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 169.

se debe dar cumplimiento al mandato constitucional⁶⁶⁸, si el plazo para cumplir el encargo legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder derivado lo establezca? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué poder constituido está legitimado para juzgar el carácter razonable del plazo? o, en otras palabras, ¿quién debe ser el defensor de la Constitución frente a este fenómeno?⁶⁶⁹ Para algunos autores que no tienen en cuenta el plazo razonable para inferir una inconstitucionalidad por omisión, sostienen que este se cumple al momento que se acredita la infracción constitucional, esto es, la inexecución constitucional⁶⁷⁰, cuestión que todavía sigue siendo controversial.

4. *En cuanto al dolo o culpa de la inactividad del legislador.* Si bien la omisión es, en clave obligacionista, la inobservancia de una obligación o mandato de hacer, es difícil y comprometedor que el juez constitucional tenga que probar si se trata de un acto intencional o voluntario del legislador, pues conocer los elementos volitivos que autorizan a hablar de una omisión inconstitucional es tanto como emitir un juicio subjetivo de intencionalidad o reproche del legislador inactivo o inerte, lo que en el fondo es desconocer deliberadamente la cláusula de libre configuración legislativa.

5. *En cuanto a la separación de poderes.* Si se considera que el incumplimiento de cualquier mandato constitucional al legislador constituye una omisión inconstitucional, se podría afectar una de las bases

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ Por otra parte, Villaverde sostiene que la corriente obligacionista produce una distorsión en la posición de la jurisdicción constitucional en lo relativo al examen de los silencios legislativos, pues, si la jurisdicción constitucional controla el silencio legislativo al margen de sus reales consecuencias jurídicas y, además, debe concederle al legislador un plazo razonable para cumplir con su obligación de legislar, deja al albur de dicha jurisdicción cuando realizar ese control y su resultado. Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional", *op. cit.*, p. 61.

⁶⁷⁰ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La Inconstitucionalidad por omisión*, *op.cit.*, p.81.

más importantes del Estado constitucional: la separación de poderes. Al respecto, es preciso señalar que en la Constitución existen muchos encargos al legislador, sin embargo, no todo silencio frente alguno de dichos encargos puede ser juzgado como una trasgresión, porque de esta manera se sometería al control judicial el ejercicio del principio democrático. La Constitución deposita discrecionalmente en el legislador ciertas competencias para regular determinadas materias, por lo cual no se puede inferir que si el legislador no desarrolla los encargos, su inactividad tiene que ser calificada de inconstitucional. Si bien es cierto que la intervención legislativa es necesaria para hacer efectivo el encargo constitucional, también lo es que puede existir un silencio inofensivo que no sea reprochable al legislador, por cuanto es una decisión política y discrecional⁶⁷¹ y no tiene la vocación de contravenir la Constitución ni afectar ningún derecho fundamental; en este caso se trata de silencios inanes que han sido permitidos por la misma Constitución para preservar la misma dinámica política de la sociedad.

Por ejemplo, en Colombia el Acto Legislativo 02 de 2012, que pretendía modificar el artículo 221 de la Constitución, y que posteriormente fue declarado inconstitucional⁶⁷², precisaba que las ejecuciones extrajudiciales cometidas por miembros de la fuerza pública serían objeto de conocimiento de la justicia ordinaria y no de la justicia penal militar o policial; para ello, establecía la norma que “una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y

⁶⁷¹ En muchos casos, la inactividad del legislador es una opción política legítima, puesto que, como afirma Villaverde, “[l]a Constitución atribuye al legislador la competencia para decidir de acuerdo a su libérrima voluntad, por tanto, sin un parámetro previo normativo, un determinado asunto, o proceder a realizar determinados actos a los que el ordenamiento apareja ciertas consecuencias jurídicas. Y sólo él es competente para tomar esa decisión, en este caso, sobre el cuándo y con qué contenido va a legislar una materia; incluso si hacerlo constituye una orden constitucional, sin que nadie pueda sustituirle en su adopción (reservas de ley).” Cfr. VILLAVERDE MENENDEZ, Luis. *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 113.

⁶⁷² Corte Constitucional, sentencia C-740 de octubre 25 de 2013.

aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario”; sin embargo, el legislador no creó ni identificó los elementos de la ejecución extrajudicial. Por lo anterior, no es razonable concluir que el silencio del legislador ordinario *per se* produce necesariamente una inconstitucionalidad, sino que las ejecuciones extrajudiciales no constituyen todavía delito y, por ende, la justicia interna seguirá tipificando tal conducta, de acuerdo a las circunstancias, como homicidio simple u homicidio en persona protegida, lo cual no significa que tales conductas escapen al código penal.

De tal manera, como se justificará más adelante, el control judicial a las omisiones del legislador está llamado a ser aplicado a las consecuencias jurídicas que se derivan de la inactuación de mandatos imperativos, en otras palabras, si la inercia frente a una obligación de hacer produce unos efectos contrarios a los que deberían regir según la Constitución y el orden jurídico internacional en una situación jurídica determinada, es ahí donde debería operar el control judicial.

6. *La realización del Estado social por parte del legislador.* El juez que examina una omisión puede declarar la inconstitucionalidad no solamente cuando el legislador guarda silencio frente a un encargo constitucional (omisión absoluta), sino también, cuando advierte que lo desarrollado produce discriminaciones injustificadas contrarias al orden constitucional (omisión relativa); lo que implicaría que el juez constitucional deba pronunciarse frente a lo que no debe hacer el legislador, sino, también, frente a lo que este deba hacer para que el Estado social tenga eficacia real, lo cual en la práctica no deja de ser problemático frente al principio democrático, pues la sola constatación de una inejecución constitucional no es una justificación suficiente para que el juez asuma el timón de la máquina legislativa frente a las exigencias del Estado social.

Es pacífico considerar que la Constitución es la manifestación normativa más alta del vértice del ordenamiento jurídico y, por tanto, una norma que contiene un manantial de mandatos al legislador que establecen un “deber ser”, de tal forma que si se pretende saber si existe una omisión legislativa de carácter inconstitucional frente a los vínculos positivos del “deber ser”, se requiere mucho más que verificar el incumplimiento de un mandato, para no afectar el principio democrático.

En síntesis, según la tesis obligacionista, el quebrantamiento de la Constitución se origina por el solo hecho de la inejecución inconstitucional de un mandato imperativo; dicha inactividad es siempre lesiva porque atenta contra un ámbito de desarrollo legislativo. Por lo tanto, según este modelo, la inconstitucionalidad por omisión se imprecisa a todo comportamiento silente que desconozca los mandatos constitucionales⁶⁷³. Posición altamente problemática.

1.1.2. Tesis normativista: los efectos normativos implícitos de la omisión legislativa contrarios a la Constitución con capacidad de lesionar intereses legítimamente protegidos

Esta posición doctrinaria⁶⁷⁴ concentra el objeto del control de la omisión legislativa, no en la censura del silencio en sí mismo de un mandato

⁶⁷³ Esta posición se limita a constatar que el desconocimiento de una reserva de ley provoca una omisión inconstitucional. En este contexto, en el que se aprecia una relación entre mandato y omisión, los argumentos expuestos por la Corte constitucional colombiana para sustentar los postulados obligacionistas, depositan la piedra angular de la omisión inconstitucional en el desconocimiento de un mandato imperativo, pues una violación de la reserva legal imperativa es lo que permite sostener tanto el objeto del cual se reprocha la omisión como la eventual violación de una posición jurídica de un individuo constituida por derechos fundamentales. Cfr. Corte constitucional, sentencia C-543 de 1996.

⁶⁷⁴ Esta tesis tiene origen en la doctrina italiana: Branca, expresidente de la *Corte Costituzionale*, haciendo referencia a la sentencia No. 62 de 1971, a través de una comunicación presentada a la *Accademia de Linnei de Roma* en 1972, se interrogaba sobre, si ¿se puede anular una ley (o una parte) no escrita?, a lo que respondía que, la Corte si podía hacerlo, a condición de superar la objeción de que esta solo se pronunciaba frente a acuerdos escritos y, de esta manera, aceptaría que las normas se

constitucional, porque la inactividad del legislador es incluso políticamente válida frente a normas permisivas, sino en los efectos normativos implícitos que involucra, los cuales pueden atentar contra la Constitución; en otras palabras, el objeto de control no es la inejecución constitucional de un encargo, esto es el incumplimiento de su deber de legislar⁶⁷⁵, sino los efectos jurídicos derivados de la decisión de no legislar.

En una aclaración de voto a una decisión de la Corte Constitucional colombiana se hizo alusión al carácter de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, y se afirmó que los vacíos legislativos producen efectos normativos implícitos⁶⁷⁶: “[U]na omisión legislativa -incluso absoluta- no implica un vacío de regulación, sino una regulación diversa, pues en los ordenamientos jurídicos no existen lagunas normativas”. Del mismo modo, se afirmó que “una de las características más importantes de los ordenamientos es su plenitud hermética, según la cual, si bien pueden existir vacíos legislativos, por cuanto la ley puede no haber regulado un tema, en realidad no hay vacíos normativos, pues los principios del ordenamiento y la propia actividad judicial se encargan de

encuentren contenidas en reglas no escritas. Cfr. BRANCA, Giuseppe, “Caratteristiche e funzionedeigiudizi di legittimità costituzionale”, en *Relazione dell Accademia dei Lincei*, 1972, citado por Francisco Fernandez Segado, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁷⁵ La Corte Constitucional colombiana, en varios pronunciamientos, ha advertido sobre la gravedad que implica la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales, puesto que está en peligro su valor normativo y la efectividad de las decisiones del constituyente. Ha afirmado: “Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de sus valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional (Preámbulo C.P.). Los fines esenciales del Estado (art. 2° C.P.), imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente. De no hacerlo, se incurría en una inconstitucionalidad por omisión cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían la aplicabilidad inmediata a partir de la adopción de la norma legal.” Corte Constitucional, sentencia T-081 de febrero 26 de 1993. Otros pronunciamientos son los siguientes: Corte constitucional, sentencia C-247 de junio 1 de 1995; sentencia C-536 de noviembre 23 de 1995; sentencia C-098 de marzo 7 de 1996; sentencias C-543 de 1996 y C-745 de diciembre 2 de 1998.

⁶⁷⁶ Sentencia C-543 de 1996.

llenar el vacío legal. (...) Por ende, si el Legislador no expide una normatividad sobre un tema, ello no significa que la materia deje de estar regulada sino que su regulación es diferente a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente legislación. *La conclusión es entonces obvia: las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos implícitos, pues la ausencia de texto legal produce normas*” (se destaca)⁶⁷⁷.

A título ilustrativo, la Constitución colombiana prescribe en el artículo 53 que el parlamento deberá expedir el estatuto del trabajo, mandato que hasta ahora no lo ha hecho; sin embargo, la inconstitucionalidad no se predica de la inejecución del mandato en sí mismo, sino de los efectos normativos implícitos del silencio cuando estos son contrarios al enunciado constitucional y tienen vocación de lesionar una situación jurídica determinada y concreta⁶⁷⁸. En otras palabras, la inactividad del legislador, siguiendo esta corriente, tiene la potencialidad de producir efectos normativos implícitos que constituyen manifestaciones normativas denominadas *norma implícita*⁶⁷⁹, bien sea que se denominen efectos normativos implícitos o de norma implícita⁶⁸⁰; la ausencia de regulación

⁶⁷⁷ Aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-543 de 1996.

⁶⁷⁸ A pesar de existir dicha omisión inconstitucional, los jueces han podido suplir esta insuficiencia legislativa al amparar el derecho al trabajo mediante la aplicación directa de los principios mínimos fundamentales contenidos en la referida disposición constitucional y en leyes ordinarias.

⁶⁷⁹ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, p. 108.

⁶⁸⁰ Villaverde afirma que “no existe realmente control de constitucionalidad de las normas implícitas en omisiones absolutas, ni el juez constitucional examina la constitucionalidad de esas omisiones. Simplemente, donde el legislador calla, el juez ordinario le es obligado no deducir de ese silencio norma implícita alguna contraria a la Constitución”. No obstante, si se sigue el hilo conductor de su posición doctrinal se percibe lo contrario: “los silencios del legislador u omisiones absolutas, que implican la inexistencia de enunciado legal que regule cierta situación jurídica, suponen, en primer lugar la posible existencia de una laguna legal, o al menos de un vacío normativo, que permite la aplicación de otras normas jurídicas a esa situación jurídica; y en segundo lugar, que *la norma implícita en ese silencio carece de rango jurídico. Esta última circunstancia*

legislativa de un encargo constitucional con efectos imperativos y vinculantes hace que se produzca una regulación contraria a lo deseado por la Constitución o también por las obligaciones internacionales⁶⁸¹.

El caso colombiano es ilustrativo sobre la importancia de este debate y sus consecuencias; la Corte Constitucional se ha interrogado en muchas ocasiones si el objeto del control judicial recae sobre los textos legislativos o sobre las normas que se desprenden de ellos. Al respecto, ha distinguido dos fenómenos:

El primero, se refiere a un enunciado legal el cual puede contener diversas normas, al mismo tiempo que una norma puede estar contenida en diversos enunciados legislativos, porque la relación entre norma y enunciado normativo no es siempre unívoca. La Corte abordó esta discusión a raíz de una demanda en contra de una disposición legal del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual el derecho de huelga está prohibido en los servicios públicos (artículo 430). Al respecto⁶⁸², consideró

*posibilita en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, que el juez o tribunal ordinario que se encuentre con semejante omisión pueda someter a control de constitucionalidad la norma implícita y acordar por sí mismo la expulsión de la misma de ese concreto ordenamiento” (se destaca).Cfr. VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, *op. cit.*, p. 63.*

⁶⁸¹ La ausencia de control frente a las omisiones origina una variada y llamativa “fenomenología de ilegalidad del poder” que produce uno de los mayores impactos a los derechos sociales que, por lo general, requieren de desarrollo legislativo para alcanzar plena eficacia: “la ciencia del derecho no ha elaborado aún –frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones– formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales”. El problema central radica en un inadecuado sistema de garantías que trate el fenómeno de la inactividad legislativa, en especial absoluta; de allí que se afirme de manera contundente que “el Estado social, al no hallar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista”, cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, *op. cit.*, pp. 15, 109 y 110.

⁶⁸² Corte Constitucional, sentencia C-473 de octubre 27 de 1994. El 27 de octubre de 1994 se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo. El artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo reza lo siguiente. Artículo 430. “Prohibición de huelga en los servicios públicos. *De conformidad con la Constitución Nacional está prohibida la huelga en los servicios*

que dicho enunciado normativo contiene dos normas o proposiciones jurídicas diferentes y complementarias, a saber: (i) la huelga está prohibida en los servicios públicos esenciales y (ii) la huelga también está prohibida en los servicios públicos no esenciales; el primer enunciado lo consideró ajustado a la Constitución (artículo 56) relativo a servicios públicos esenciales definidos por el legislador; mientras que el segundo lo estimó contrario al orden superior y exhortó al legislador para que en un plazo razonable expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos acorde con los mandatos constitucionales.

El segundo fenómeno, se refiere a la existencia de normas que no tienen una consagración de un enunciado particular, pues son el producto de la interpretación sistemática de diversas disposiciones. En efecto, la gran mayoría de principios del ordenamiento jurídico no se encuentran en alguna disposición específica, pero no por ello dejan de ser normas vinculantes. A título ilustrativo, se encuentra el siguiente principio: “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (no debe ser oído el que alega sus propias torpezas⁶⁸³). Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que es evidente que se trata de una norma vinculante, a pesar de que “su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano”⁶⁸⁴.

públicos”. El demandante considera que las normas del trabajo violan materialmente la Constitución, por cuanto restringen de manera ilegítima el derecho de huelga reconocido por la Carta fundamental, ya que prohíben el ejercicio de este derecho en el género (servicios públicos) mientras que la Constitución sólo prevé tales restricciones para la especie (servicios públicos esenciales). A todas luces, este es un caso de omisión legislativa inconstitucional, por cuanto al día de hoy, a pesar de que el artículo 56 de la Carta ha establecido una reserva legal en materia de huelga, no existe una ley que defina los servicios públicos esenciales en los cuales se defina la restricción al derecho de huelga.

⁶⁸³ Fuente: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1093/14.pdf> (06/06/2015).

⁶⁸⁴ Corte constitucional, sentencia C-083 de marzo 1 de 1995.

A partir de lo anterior, es preciso dar respuesta al interrogante de si el control de constitucionalidad recae sobre enunciados normativos o sobre textos legislativos propiamente dichos. En principio, siguiendo la argumentación de la sentencia de octubre 16 de 1996⁶⁸⁵, los tribunales constitucionales deben pronunciarse exclusivamente sobre los textos legales (como sucede en el caso colombiano, artículo 241 Superior); sin embargo, en realidad el pronunciamiento puede versar tanto sobre el contenido material de la ley, como sobre los vicios de formación de la misma, esto es, que salvo estos últimos, el control constitucional no recae sobre el texto legal como tal, sino sobre su contenido material, sobre las normas contenidas en la ley. Apremiar el fenómeno de otra manera no permitiría hacer frente a los efectos derivados del comportamiento silente del legislador, que no sólo vulnera enunciados constitucionales sino que también puede causar daños antijurídicos particulares y concretos.

La anterior postura de control de las omisiones del legislador se justifica por dos razones. En primer lugar, en el Estado social y democrático de derecho, el rol de los tribunales constitucionales no puede permanecer exclusivamente anclado en el control de las acciones positivas del legislador, puesto que hoy se exige de él una gran actividad en cuanto al desarrollo de los mandatos constitucionales a él encomendados, en orden a asegurar los postulados del Estado Constitucional caracterizado por ser pleno y coherente; *contrario sensu* no sólo se infringiría la Constitución, sino que los silencios del legislador estarían estrechamente relacionados con el incumplimiento de los deberes propios del Estado constitucional⁶⁸⁶. En segundo lugar, sobre el legislador recae la misión de conferir eficacia a los derechos constitucionales, cuando estos requieren desarrollo

⁶⁸⁵ Corte constitucional, sentencia C-543 de 1996, *op. cit.*

⁶⁸⁶ Villaverde relaciona los propósitos de un Estado social con los mandatos al legislador, cuyo silencio implicaría un incumplimiento de las cargas asignadas a este tipo de Estado; cfr. VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*, *op. cit.*, p. 1.

legislativo; luego no es aceptable que el legislador disponga a su libre arbitrio de los mandatos constitucionales a través del silencio.

Si se acepta que el control judicial se ejerce en esencia más sobre los contenidos o enunciados normativos que sobre los textos propiamente dichos, es posible afirmar que una omisión legislativa no constituye un vacío o ausencia de regulación pura y simple, sino que esta tiene la potencialidad de producir una regulación implícita con contenidos distintos -efectos normativos no deseados por el ordenamiento superior incorporados tanto en la Constitución como en las obligaciones internacionales-, pues en los ordenamientos jurídicos a pesar de que existen lagunas normativas, el juez constitucional está llamado excepcionalmente a controlar una norma cuyos efectos generan no solo situaciones adversas a la Constitución o a las obligaciones internacionales sino que podrían producir daños antijurídicos a sus titulares.

Es preciso advertir que frente a la anterior posición se han formulado críticas importantes: Morales⁶⁸⁷ dirige a la corriente normativista tres críticas: En primer lugar, es equivocado sostener que las situaciones contrarias a la Constitución, de cuya producción se deriva, el carácter inconstitucional de las omisiones, requieran ser manifestadas dentro de un caso concreto. En segundo lugar, el problema está representado por el constructo de la denominada norma implícita de objetivizar la fiscalización de los silencios legislativos. No parece adecuado sostener que los silencios puedan ser objeto de control de constitucionalidad en cuanto tales, es decir, en cuanto normas implícitas, por dos razones: (i) no poseen el substrato o forma positiva y no pueden ser anuladas ni

⁶⁸⁷ Cfr. MORALES VELASQUEZ, Andres Alfonso, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, Editorial Ibañez, Bogotá, 2013, p. 86. Este autor sigue criterios similares a los expuestos por Carlos Ruíz Miguel en “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 2, 2004.

expulsadas del ordenamiento jurídico; (ii) si se acepta un pronunciamiento sobre las normas implícitas, no podrían ser afectadas en su existencia jurídica ya que justamente por ser operativas actúan como una suerte de metanormas que sirven a los fines del funcionamiento del sistema jurídico. Y, en tercer lugar, cuando se realiza el control de constitucionalidad del silencio de legislador a través de la anulación de las consecuencias o situaciones contrarias a la Constitución y, en últimas, del producto de las actuaciones (judiciales o administrativas) dictadas con fundamento en el silencio del legislador, que es donde tales situaciones se contienen jurídicamente, no se juzga en realidad la inconstitucionalidad de la inactividad del legislador, sino la inconstitucionalidad de la actividad de otro órgano del Estado, sea la administración o los jueces.

Sobre la primera crítica: es preciso afirmar que el control de normas implícitas derivadas de los efectos de los silencios legislativos se enmarcan en la concepción tradicional del control de constitucionalidad de la actividad legislativa, por tanto, esta herramienta sirve para controlar tanto normas explícitas, comportamientos positivos, como implícitos, comportamientos negativos, que sean violatorias de la Constitución. Cuando se constata esta situación, el efecto normativo implícito puede ser controlado y reparado tanto en sede abstracta, mediante las diferentes tipologías de sentencia, como en sede concreta, mediante el recurso de amparo constitucional, cuando se vulnera, amenaza o pone en peligro un derecho de carácter fundamental o, si ya se consolidó un daño, a través del instituto de reparación patrimonial, sin que se requiera tipificar los efectos adversos a un caso determinado y concreto. En suma, los efectos de los silencios pueden ser controlados tanto a través de una técnica jurídico-procedimental en sede abstracta como concreta. Así pues, la manera de enderezar los efectos normativos implícitos es mediante una interpretación judicial correcta que mitigue las consecuencias normativas de la omisión. El juez tácitamente excluye la norma implícita contraria a la

Constitución producto de la omisión, y satisface esta insuficiencia normativa con una interpretación adecuada y conforme a la Constitución.

En cuanto a la segunda crítica: una vez aceptada la existencia de efectos normativos implícitos del silencio del legislador, el principio de la supremacía constitucional autoriza al juez constitucional para declarar como invalidas las normas inconstitucionales. De esta manera, no es fundamental para operar una técnica de control orgánico-procedimental tener un texto de ley, pues no se está controlando un comportamiento inactuado, más bien, si después de haber decantado un proceso interpretativo, se infiere que hay una norma implícita que regula de manera diferente lo preceptuado por la Constitución, se aplica una técnica específica de sanción, respetuosa del principio democrático⁶⁸⁸.

En cuanto a la tercera crítica, es obvio que ante la ausencia de regulación legislativa que produce unos efectos normativos implícitos, se aumenta proporcionalmente el nivel de discrecionalidad de la administración o del juez ordinario, por tanto, no se va a juzgar directamente el producto normativo de la inactividad legislativa, sino la decisión de otro órgano. *Ergo*, se trata de las secuelas que deja un comportamiento inactuado del legislador frente a un derecho fundamental

⁶⁸⁸ Villaverde trae a colación un ejemplo acertado sobre la inexistencia en las leyes procesales militares españolas de la acción popular (STC 64/1999). El artículo 125 de la C.E. establece que los españoles podrán ejercer la acción popular en aquellos procesos penales que el legislador determine. Pues bien, la omisión absoluta de esa acción popular le plantea al juez ordinario la admisibilidad de la acción popular ejercitada en el ámbito procesal penal militar con el único fundamento del artículo 125 de la C.E. En realidad el juez no examinará la constitucionalidad de esa omisión del legislador, sino que interpretará el artículo 125 de la C.E. conjuntamente con el artículo 24.1 superior (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y las leyes procesales penales generales que sí regulan la acción popular, con el propósito de integrar ese vacío legal y poder decidir si la regla en ese caso es la de inexistencia de la acción popular penal militar, rechazando su ejercicio y archivando la querrela, o su existencia, dándole el oportuno curso a la ejercitada. La exigencia que la Constitución le impone al juez es la de rechazar toda regla que presuponga una norma que cree o mantenga una situación contraria a la Constitución. Cfr. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *En busca de las normas ausentes*, op. cit., p. 64.

De acuerdo con lo visto, en ese orden de ideas, al presentarse una inactividad legislativa no es posible afirmar que solamente se trate de una inejecución constitucional o incumplimiento de un mandato superior susceptible de ser declarado inconstitucional, lo cual sería suficiente para la tesis obligacionista, sino que, además, se deben reunir de manera concurrente los siguientes criterios para hablar propiamente de la configuración de una omisión inconstitucional -propuesta de *test de omisiones*-⁶⁸⁹:

En primer lugar, un criterio fáctico o *ratio factum*, que constate la existencia de un comportamiento negativo o inactuado por parte del legislador (absoluto o relativo) frente a un enunciado constitucional o de derecho internacional imperativo (convencional o comunitario) que aparezca en la esfera de lo indecible que no, sobre la cual se predique una obligación de hacer. No es suficiente, por tanto, la verificación de la inactividad, sino que es indispensable que esta infrinja o incumpla una obligación o deber funcional imperativo relacionado con la función de legislar.

⁶⁸⁹ Fernández Segado delimita la omisión inconstitucional a partir de cuatro presupuestos configuradores: (i) el incumplimiento de un deber constitucional de legislador; (ii) el transcurso de un período de tiempo razonable; (iii) el efecto objetivo de la violación de la Constitución; y (iv) la intencionalidad de la inactividad legislativa del legislador. Sin embargo, frente a este último supuesto, este autor considera que es irrelevante la intencionalidad del legislador, pues si la inacción desencadena un vicio de inconstitucionalidad por omisión no depende de que la misma responda a una voluntad determinada del legislador, sino a que existiendo un deber constitucional de legislar, el mismo haya sido incumplido más allá de un plazo, lo cual genera la vigencia de normas contrarias a la Constitución o un vacío jurídico igualmente disconforme con ella. Cfr. FERNANDEZ SEGAGO, Francisco. “El control de las omisiones legislativas”, *op. cit.*, pp. 38 y 45.

Al respecto, es preciso afirmar que el juicio de inconstitucionalidad no puede traducirse en una verificación de plazos razonables a lo largo de los cuales deben ser adoptados los instrumentos normativos, so pena de afectar la competencia asignada al legislador.

En el caso de la omisión absoluta, se requiere constatar la existencia de una infracción funcional a un mandato constitucional o una obligación internacional al legislador, mientras que en la omisión relativa se requiere, según la sentencia C-331 de 2013 de la Corte Constitucional: “(i) la existencia de una norma frente a la cual se predique la omisión;(ii) la norma acusada debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta , (iii) que la omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; (iv) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; (v) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador”.

En segundo lugar, un criterio probatorio o *ratio probationem*, donde el juez constitucional compruebe que existen unos efectos contrarios al orden constitucional e internacional que producen una regulación implícita-opuesta, tanto en la omisión legislativa absoluta como en la relativa, y que tienen la potencialidad de lesionar un derecho fundamental o un bien jurídico protegido concreto. De allí, como lo sostiene la corriente normativista, no todos los silencios del legislador son inconstitucionales, ya que solo lo serán cuando de la inactividad de mandatos imperativos se prueben consecuencias normativas contrarias a la Constitución y a las obligaciones internacionales. En esa medida, en ambos casos se trata de actos no inmunes jurídicamente, porque producen efectos con alcance normativo y, como tales, deben estar sometidos al examen abstracto de validez o concreto de amparo constitucional.

El siguiente ejemplo hipotético resulta pertinente para ilustrar lo anterior: un orden constitucional prescribe que el legislador debe sancionar penalmente la evasión tributaria; sin embargo, no se expide la correspondiente legislación. Ante esta situación no es posible concluir que existe un vacío de regulación, sino que dicha omisión legislativa absoluta tiene la siguiente consecuencia normativa: la evasión tributaria no constituye infracción penal -regulación normativa implícita-⁶⁹⁰. Otro ejemplo, que es traído a colación por Villaverde, es el siguiente: la Constitución española establece que la ley regulará el derecho de asilo a través de dos normas: la primera ordena la existencia del derecho y prohíbe, por tanto, toda norma que niegue su existencia; la segunda reserva a la ley la definición del modo concreto de existencia del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico. A falta de esa ley reguladora sería posible que un extranjero fuera expulsado del territorio. El resultado del silencio del legislador produce una situación jurídica en la que extranjero, que bien pudiera estar en condiciones de solicitar el asilo, es expulsado del territorio porque la falta de ley supone la inexistencia del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico. “La situación jurídica de ese extranjero es la contraria a la querida por la Constitución, que, cuando menos, crea la fundada expectativa de asilo”⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ De acuerdo con el componente probatorio, la ausencia total o parcial de una regulación normativa no es inane, sino que tiene importantes consecuencias jurídicas, puesto que es posible que produzca efectos adversos para el orden jurídico que no es posible desconocer. Fernández Segado, partidario de la tesis normativista, conecta con ejemplos claros la dimensión positiva del derecho fundamental de carácter prestacional con la lesión. Piénsese en que “si el legislador brasileño omite más allá de un plazo razonable dictar la ley que le exige el artículo 37. VIII de la Carta de 1988, en la que se debe contemplar el porcentaje de cargos y empleos públicos que se ha de reservar a las personas deficientes, definiendo a la par los criterios para su admisión, independientemente de que se suscite o no un caso litigioso, se estará generando una situación en el marco jurídico regulador del acceso a la función pública claramente lesiva de un derecho constitucional reconocido a las personas con minusvalías o deficiencias”. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Algunas cuestiones dogmáticas, op. cit.*, p. 37.

⁶⁹¹ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 38.

En tercer lugar, un criterio jurídico del control o *ratio iuris*, el cual abordará el aspecto dogmático del control de las omisiones legislativas. A fin de examinar este último componente del test, es preciso apoyarse en el principio de prohibición de defecto de protección de los derechos fundamentales y sus componentes, principio desarrollado básicamente por la doctrina alemana (*Üntermassverbot*)⁶⁹², el cual pasa a sustentarse.

Es preciso aclarar que los subprincipios de este último componente del test de control de omisiones son diferentes del principio de prohibición de exceso de restricción de un derecho fundamental (*Übermassverbot*)⁶⁹³, más conocido como principio de proporcionalidad en sentido amplio para el control de las decisiones restrictivas del legislador en materia de derechos fundamentales⁶⁹⁴. Según Gavara de Cara, el principio de proporcionalidad no es aplicable a supuestos de configuración normativa de los derechos fundamentales, esto es, a mandatos o encargos al legislador, ya que por definición requiere su aplicación a restricciones para poder ser operativo; en cambio, el principio de prohibición de defecto de protección es aplicable en esencia al control de la actividad de configuración de los derechos fundamentales a fin de determinar las distorsiones o insuficiencias en la protección de los derechos fundamentales que hace el legislador⁶⁹⁵.

⁶⁹² Este último componente del test de control de las omisiones se apoya en los importantes desarrollos expuestos por GAVARA DE CARA, Juan Carlos. “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁹³ “La prohibición de exceso (*Übermassverbot*) fue la terminología utilizada mayoritariamente durante los años 50 y 60, para referirse al principio de proporcionalidad, que fue el término de uso generalizado en la doctrina alemana a partir de los años ochenta, a pesar de que ambos términos se siguen utilizando indistintamente en todas las épocas.” *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ En el derecho español, en el control de constitucionalidad, tanto la prohibición de exceso de restricción como de defecto de protección, se integran en el principio de

El análisis del defecto de protección permitirá detectar, por un lado, el grado de intensidad de la afectación de un derecho fundamental originado por los efectos normativos implícitos del silencio legislativo y, por otro, el grado de necesidad de una técnica de corrección. A continuación, se presentan los componentes del principio de defecto de protección⁶⁹⁶:

a. *El subprincipio de efectividad*. Es también conocido como principio de adecuación en la prohibición de exceso de restricción, el cual tiene como objetivo determinar el grado de protección más efectivo de un derecho fundamental y establece cuando es necesaria la aplicación de una técnica de corrección para menguar los efectos de una ausencia absoluta o parcial de protección normativa. Al respecto, el juez debe verificar si la técnica que va a utilizar es idónea para corregir el defecto de protección producido por la omisión del legislador.

b. *El subprincipio de indispensabilidad o suficiencia de la protección*. Opera una vez se haya determinado el estándar de protección efectiva y la necesidad de adoptar una técnica de corrección. Este subprincipio sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el legislador, particularmente frente a las omisiones relativas, en el sentido de valorar si existen otras medidas legislativas que respondan mejor a las finalidades perseguidas en concreto por la Constitución y las obligaciones

interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el art. 9.3 C.E. *Ibid.*, p. 113.

⁶⁹⁶ Se siguen los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán, descritos por Gavara de Cara, con algunas modificaciones puntuales. Para este autor el test de prohibición de defecto de protección se utiliza más para controlar omisiones parciales de la ley o insuficiencias normativas que para el control de las omisiones absolutas. Sin embargo, este componente implica que el legislador al no adoptar las medidas necesarias para ofrecer un estándar de protección adecuado del derecho fundamental, deja abierta la posibilidad que los efectos normativos implícitos al silencio regulan de manera anormal los fines señalados por la Constitución. Por tanto, y con el fin de analizar la técnica de corrección apropiada, este componente de control, tanto en omisiones absolutas como relativas, revelará el grado de afectación del derecho fundamental como su remedio. Cfr., *op. cit.*, pp. 114-115.

internacionales, consistentes en alcanzar la mayor protección de un derecho fundamental concreto. Este subprincipio es diferente del principio de necesidad en materia de prohibición de exceso de restricción, ya que se debe optar por la medida de intervención más benigna o la menos restrictiva con el derecho fundamental afectado, en comparación con aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para alcanzar la finalidad examinada. Por el contrario, en el proceso de justificación de las medidas adoptadas por el legislador, se examina la necesidad y el alcance de la protección del derecho fundamental, no desde la perspectiva del mínimo de protección necesario para el derecho fundamental, sino del máximo, esto es, la determinación de la suficiente e indispensable protección del derecho fundamental.

En el caso del subprincipio de necesidad, una intervención legislativa es contraria a la Constitución cuando existen otras medidas idóneas para alcanzar el objetivo, pero afectan con menor intensidad el derecho fundamental. Mientras que en el principio de indispensabilidad o suficiencia de protección se interroga por la existencia del instrumento legislativo que mayor estándar de protección le ofrece al derecho fundamental.

c. El *subprincipio de racionalidad*. Se trata de la comparación entre el grado de protección producido por los efectos normativos implícitos derivados del silencio -en caso de omisiones relativas- y la protección deseada en el derecho fundamental concreto. El grado de irracionalidad absoluta se determina por la ausencia de protección y carencia de eficacia, ante una situación concreta de infracción o peligro de de los derechos fundamentales. Este subprincipio examina el desequilibrio entre las proporciones de protección y las restricciones de los derechos u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Se asemeja al principio de proporcionalidad en sentido estricto, también llamado de ponderación,

aplicable en la prohibición de exceso de restricción de los derechos fundamentales.

La aplicación de los anteriores subprincipios permiten determinar, en función del grado de lesión del derecho fundamental, la técnica de protección o corrección ideal, que bien puede plantearse como una cuestión de inconstitucionalidad en abstracto o como una medida en acción de amparo en concreto.

De acuerdo a lo anterior, la problemática se hace evidente cuando se está frente a un supuesto de hecho, como por ejemplo la falta de protección efectiva de los derechos sociales por ausencia de desarrollo legislativo, la cual puede generar regulaciones normativas incompatibles y excluyentes con respecto al precepto constitucional, esto es, cuando se presenta una tensión entre una norma constitucional que reconoce un derecho y una norma implícita opuesta que lo restringe. Esta ambivalencia que puede regular un mismo supuesto de hecho es perturbadora para el orden jurídico, toda vez que atenta contra la coherencia que es necesaria⁶⁹⁷: no se trata de una omisión inocua desde el punto de vista jurídico, sino de una frontal vulneración de la *lex superior*; esto ha conducido a afirmar que la inconstitucionalidad por omisión se reconduce más bien a una inconstitucionalidad por acción en razón de la pervivencia de los efectos derivados del silencio⁶⁹⁸.

En este orden de ideas, si el tribunal constitucional se pronuncia sobre los contenidos materiales de las leyes, esto es, sobre enunciados normativos

⁶⁹⁷ “[E]xiste antinomia y desaparece la coherencia siempre que un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas del sistema o, lo que viene a ser lo mismo, siempre que para un mismo supuesto se imputan dos o más consecuencias incompatibles”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 131.

⁶⁹⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 40.

explícitos, y una omisión legislativa no genera un vacío de regulación sino que produce una norma opuesta implícita, el control objetivo y concreto no puede predicarse sólo frente a conductas positivas del legislador, en sentido estricto, sino también frente a sus omisiones, puesto que en ambos casos se puede transgredir el orden constitucional con normas expresas o implícitas contrarias.

Si bien la inconstitucionalidad por ausencia de regulación se caracteriza por basarse en un criterio fáctico, probatorio y jurídico, se comparte lo expuesto por Pereira Da Silva y Fernández Segado, para quienes “la omisión inconstitucional se presenta como una realidad bifrontal, esto es, si por un lado, tal omisión es el incumplimiento de una obligación constitucional del legislador, por otro, es también el resultado objetivamente producido en el ordenamiento jurídico por ese mismo incumplimiento. Dicho de otro modo, la caracterización jurídica del concepto [de omisión] ha de atender tanto a la perspectiva obligacional como a la óptica normativa”⁶⁹⁹.

Para Pereira Da Silva y Fernández la inconstitucionalidad de la omisión exige constatar dos condiciones indivisibles: la primera, que el legislador ha defraudado la obligación que el encargo constitucional le encomienda, incumplimiento que se ha prolongado en el tiempo más allá de un “plazo razonable”; la segunda, que la ausencia de esa normación “constitucionalmente debida”, ha propiciado la vigencia de normas preconstitucionales o subconstitucionales en contradicción con los mandatos superiores produciendo una situación adversa a las previsiones de la Constitución⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Deber de legislar e proteccao jurisdiccional contra omissoes legislativas* (Contributo para una teoría da inconstitucionalidade por omissao). Lisboa, Universidad Católica Editora, 2003, p. 13, citado por Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas”, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

En conclusión, a partir de la propuesta del test de omisiones, para imputar una inconstitucionalidad o incumplimiento de mandatos de derecho internacional al silencio absoluto o relativo del legislador, se debe constatar, *ex ante*, que exista una inactuación legislativa por parte del legislador frente a un encargo constitucional imperativo (teoría obligacionista) y, *ex post*, que su silencio tenga la potencialidad de afectar un derecho fundamental o un bien jurídicamente protegido (teoría normativista) por la Constitución o por el orden internacional. De este modo, el objeto de control de la omisión inconstitucional o inconvencional o contraria al derecho comunitario se constituye por los efectos normativos del silencio del legislador derivados de su inactividad, la cual tiene unos contenidos adversos a los deseados por la Constitución y el derecho internacional, y con la potencialidad de generar daños antijurídicos.

Así las cosas, no es posible identificar solamente el incumplimiento del deber de legislar, como lo plantea la tesis obligacionista, para identificar la inconstitucionalidad de la omisión, pues de ser así, se podría llegar a concluir, sin un sustento sólido, que desde el punto de vista del instituto de responsabilidad por daños, una infracción de un deber constitucional de legislar constituiría de por sí una falla en el servicio legislativo. Por el contrario, de lo que se trata es de sostener una convergencia de las dos corrientes: la verificación de la infracción de un deber de producción positivo del legislador, por un lado, y de una situación contraria a la Constitución y al derecho internacional que por sus efectos antijurídicos afecta negativamente a un derecho fundamental⁷⁰¹ o a un interés jurídicamente protegido, por otro.

⁷⁰¹ Villaverde precisa que el legislador está en la “imposibilidad de asumir las funciones propias del poder constituyente disponiendo con sus silencios de la vigencia de la Constitución, creando o conservando situaciones jurídicas contrarias a sus normas (infracciones materiales), o generando con su silencio efectos cuyo causante conforme a

1.2. Tipos de omisiones legislativas

El silencio del legislador constituye el incumplimiento de un deber constitucional de legislar y tiene la potencialidad de producir un daño antijurídico, en las siguientes situaciones:

“a) Cuando se abstiene de expedir una norma encaminada a ejecutar un deber concreto establecido por el constituyente; b) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; c) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y d) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”⁷⁰².

El primer caso se trata de una omisión legislativa de *carácter absoluto*, mientras que en el resto de supuestos se presenta una omisión de *carácter relativo*⁷⁰³.

la Constitución únicamente puede serlo las normas con rango de ley (infracciones formales)”, cfr. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁰² Corte Constitucional, C-067 de 1999.

⁷⁰³ Fue el juez Wessel del Tribunal Constitucional Federal alemán quien, en 1952, fue el primero en proponer una tipología de las omisiones legislativas en absolutas y relativas o entre formales y materiales al estudiar la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Estado, la cual ha tenido gran aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia. Por principio, negó que una omisión absoluta del legislador pudiera lesionar derechos; de allí que el Tribunal negó por improcedente un recurso de queja constitucional que impugnaba una lesión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad por cuanto el legislador no había expedido una ley que lo regulara. Según Wessel no se trataba de una cuestión puramente jurídica sino política. En relación con la omisión relativa, consideró que el recurso de queja constitucional se dirige en realidad no contra la omisión, sino frente a una actuación positiva del legislador que al omitir del goce de un derecho fundamental a un grupo de personas, entraña una violación del principio de igualdad. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *op. cit.*, pp. 26-27.

El grado de inobservancia de desarrollo normativo en el que puede incurrir el legislador frente a los preceptos constitucionales, puede ser, de conformidad con lo anterior, de dos tipos: primero, una omisión absoluta, la cual se presenta por la ausencia total de desarrollo normativo impuesto en la ley superior, lo cual significa una renuncia o abstención al ejercicio de su competencia y un incumplimiento claro a un deber de desarrollo legislativo; y segundo, una omisión relativa que se produce por la expedición de una regulación legislativa parcial y deficiente, imperfecta o incompleta, en la que no se contemplan todas las situaciones que deben ser objeto de regulación jurídica, lo cual puede traducirse en la violación, interdicción o exclusión de un beneficio o derecho para un sector específico de personas, ya sea por violación al derecho de igualdad sustancial o al debido proceso, entre otros derechos. A continuación, se examinan cómo estas dos clases de omisiones van a influir directamente en la intensidad del control de la omisión.

1.2.1. Omisión legislativa absoluta u omisión del legislador

La omisión absoluta se produce por el incumplimiento o ausencia total de desarrollo legislativo ordenado por la Constitución. En el caso colombiano, la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer sobre las omisiones absolutas, pues ha considerado que ante la inactividad del legislador, el juez constitucional carece de una disposición normativa en concreto sobre la cual pronunciarse, en orden a determinar su concordancia frente al ordenamiento superior⁷⁰⁴. Según el alto tribunal, se carece de un referente normativo que permita hacer la confrontación con la Carta, lo que impide llevar a cabo un control objetivo de constitucionalidad, ya que este radica en el juicio comparativo entre una norma legal y otra constitucional⁷⁰⁵. En consecuencia, al no existir una

⁷⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-956 de diciembre 1º de 1999.

⁷⁰⁵ Corte constitucional, sentencia C-528 de julio 3 de 2003.

norma legal, falta uno de los elementos esenciales para el ejercicio del control, razón por la cual, el juez estaría conminado a realizar solamente exhortaciones⁷⁰⁶.

La Corte Constitucional en decisión del 6 de diciembre de 2006, delimitó el ámbito funcional de su competencia para hacer juicios de reproche por la inercia legislativa, excluyendo de su radio de acción a las omisiones legislativas absolutas:

“no toda inactividad legislativa puede someterse al trámite del control constitucional, pues cuando se está ante una omisión legislativa absoluta (...) es claro que el órgano de control carece de competencia para emitir pronunciamiento de fondo, pues la misma comporta una ausencia total e íntegra de normatividad que, en cualquier caso, impide una confrontación material, objetiva y verificable con el texto de la Carta Política”⁷⁰⁷.

En otro pronunciamiento, la Corte precisó,

“si se analizan las funciones atribuidas [a esta institución] en el artículo 241 de la Constitución, puede advertirse que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados. Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía (acción de inconstitucionalidad) y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso”⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ La Corte ha manifestado en cuanto a las exhortaciones que “las atribuciones constitucionales otorgadas a la Corte Constitucional son claras, y en ningún evento la autorizan para expedir, en sus fallos, normas que podrían resultar convenientes y que pueden echarse de menos dentro del ordenamiento, aún con el pretexto, erróneamente alegado en esta oportunidad, de que se trata de un esfuerzo integrador. Lo que si puede hacer esta Corte en casos como éste, es exhortar al Congreso para que dentro de su autonomía legislativa regule, si lo considera conveniente, las conductas” (subrayado fuera de texto), cfr. *Ibíd.*

⁷⁰⁷ Corte constitucional, sentencia C-1043 de diciembre 6 de 2006.

⁷⁰⁸ Corte constitucional, sentencia C-867 de noviembre 3 de 1999.

Así pues, la Corte estima que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

En relación con las omisiones legislativas relativas o parciales, la referida Corte en decisión de noviembre 1º de 1999⁷⁰⁹ dijo que se cuenta con un acto jurídico como objeto de control de constitucionalidad, aún imperfecto, de manera que la decisión no será necesariamente la inexecutable de la disposición enjuiciada, sino que es posible ordenar que se integren los supuestos de hecho ignorados para remediar la violación que al derecho a la igualdad o a otros derechos que pudo ocasionarse con el silencio legislativo, a través de técnicas de corrección, tales como sentencias integradoras o interpretativas. Así, desde una perspectiva eminentemente finalista, la Corte, en decisión del 13 de marzo de 2002, señaló que cuando se cuestiona la legitimidad de la actividad legislativa por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar cuando lo que se ataca es una omisión relativa o parcial y en ningún caso absoluta⁷¹⁰. De esta manera, en el derecho colombiano solo en el caso de las omisiones de carácter relativo es posible realizar un control de constitucionalidad, cuyo objeto es i) verificar si se ha excluido determinada hipótesis jurídica que resulta imprescindible para un determinado caso fáctico, o que habiéndolo incluido ii) es deficiente para regular ciertos escenarios fácticos.

Los argumentos para rechazar el control judicial de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas, pueden sintetizarse así: i) no hay norma objeto de control⁷¹¹; ii) la declaración de inexecutable total o

⁷⁰⁹ Corte constitucional, sentencia C-956 de 1999, *op. cit.*

⁷¹⁰ Corte constitucional, sentencia C-185 de 2002, *op. cit.*

⁷¹¹ En la sentencia C-543 de 1996, sostuvo este Tribunal: “lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad es evaluar si el legislador al actuar ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay

parcial de una disposición legislativa exige una confrontación entre lo que ordena la Constitución y el precepto normativo demandado⁷¹²; y iv) la ausencia de desarrollo legal no necesariamente puede ser objeto de censura, ya que los silencios del legislador en determinados casos son expresiones legítimas de su voluntad.

1.2.2. La omisión legislativa relativa u omisión de la ley

Estos casos se presentan cuando el legislador en cumplimiento de un mandato constitucional de legislar lo hace en forma incompleta o imparcial, es decir, no se trata de exclusiones expresas que el legislador realiza en determinada materia, sino de silencios incompletos. Cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el silencio del legislador tiene efectos de exclusión normativa frente a los cuales es posible hacer un juicio de reproche mediante el control de constitucionalidad. La inactividad parcial del legislador implica una producción normativa incompleta, imperfecta o defectuosa, por cuanto al regular normativamente una situación determinada se omite supuestos fácticos que generan tratamientos inequitativos (vulneraciones al derecho a la igualdad, al debido proceso, al derecho de defensa, a los derechos adquiridos, etc.)⁷¹³.

actuación no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta” (énfasis fuera de texto). Cfr. Corte constitucional, sentencia C-543 de 1996, *op. cit.*

⁷¹² En el mismo sentido, la Corte sostuvo: “son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexecutableidad, puesto que este consiste, esencialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de uno de los extremos de comparación.” Sentencia C-146 de abril 22 de 1998.

⁷¹³ Igualmente, el mismo tribunal dijo: “Pueden ser objeto de estudio por esta vía (acción de inconstitucionalidad) y, de hecho ya lo han sido, las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos de violación al principio de igualdad o debido proceso (...)”. Corte constitucional,

La tacha de inconstitucionalidad por omisión relativa se presenta, por lo general, por violación del principio de igualdad⁷¹⁴, y se produce cuando la ley soslaya a ciertos grupos que tienen derecho a ser integrados en la normativa, o la ley se aplica solo a unos casos y guarda silencio respecto de otros sustancialmente similares⁷¹⁵. Sin embargo, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial ha mostrado que no solamente se presenta por vulneración de dicho principio, sino que también abarca una incompleta regulación de una materia, lo cual origina ineficacia de un precepto constitucional; de tal suerte que es posible distinguir dos especies de omisión relativa tanto las que infringen el principio de igualdad como las que suponen una exclusión arbitraria de protección, es decir, la ausencia de complitud en la normativa⁷¹⁶.

sentencia C-675 de septiembre 9 de 1999. Así mismo ver: sentencia C-284 de abril 23 de 2002; sentencia C-809 de octubre 3 de 2002; sentencia C-836 de octubre 8 de 2002; sentencia C-041 de enero 30 de 2002; sentencia C-215 de abril 14 de 1999; sentencia C-543 de 1996, op. cit; sentencia C-155 de febrero 24 de 2004; C-509 de mayo 25 de 2004.

⁷¹⁴ Claro está que las vulneraciones al principio de igualdad constituyen los casos más relevantes y significativos, que en la doctrina alemana se han denominado exclusión arbitraria o discriminación de beneficios. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 381 y ss.

⁷¹⁵ El Tribunal Constitucional Español en la STC 80/1982, de recurso de amparo, estimó que una disposición del Código Civil contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento, contrario a la igualdad de los hijos en relación con el régimen de las acciones de filiación, por lo cual aplicó directamente la Constitución. Afirmó que esto “no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del art. 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación preconstitucional”.

⁷¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 116.

En esta doble vertiente de la omisión relativa, la Corte constitucional colombiana ha precisado que el legislador incurre en una omisión legislativa relativa cuando ha regulado “de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando dicha insuficiencia de regulación o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”. Corte constitucional, sentencia C-509 de 2004, op. cit. .; Corte constitucional, sentencia C-1549 de noviembre 21 de 2000.

En ese orden de ideas, la omisión relativa se presenta cuando

“i) [se] ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; ii) o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”⁷¹⁷.

Por lo anterior, “una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas -específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente”⁷¹⁸.

En tratándose de una vulneración del principio de igualdad o de un déficit de regulación normativa, cuando se alega una omisión legislativa de carácter relativo, se tiene la carga probatoria de demostrar: *i)* que existe un encargo constitucional; *ii)* que el legislador incumplió el mandato ; y *iii)* que la conducta omisiva conduce a una desigualdad de trato injustificado entre los casos que están regulados y los que no fueron previstos por la norma.

En conclusión, únicamente las omisiones legislativas relativas pueden ser sometidas al control del juez constitucional en el derecho colombiano, ya que se considera que las omisiones legislativas absolutas en ausencia de un acto formal y concreto, privan de objeto, todo recurso jurisdiccional.

⁷¹⁷ Corte constitucional, sentencia C-1549 de noviembre 21 de 2000.

⁷¹⁸ Corte constitucional, sentencia C-041 de 2002.

1.3. Los efectos normativos de la omisión: riesgo de mutaciones constitucionales

Si la omisión del legislador se tipifica como inconstitucional, la cual produce efectos normativos implícitos contrarios a la Constitución, con la potencialidad de generar daños antijurídicos y ante un déficit de técnicas de corrección, es posible que se corra el riesgo de un cambio del significado de un enunciado normativo contenido en la Constitución, sin que se altere en estricto rigor su expresión escrita⁷¹⁹. En esta dirección, es posible afirmar que si no se controlan las omisiones del legislador, en especial las absolutas, se podría enfrentar el peligro de un fenómeno de mutación constitucional, una brecha entre la Constitución del “deber ser” y la Constitución del “ser”, entre una Constitución vinculante y una Constitución inaplicada⁷²⁰.

⁷¹⁹ La doctrina constitucional que se ha consagrado a los estudios de omisión del legislador no ha planteado esta hipótesis, todo lo contrario, Villaverde sostiene: “mi afirmación en cuanto a que una omisión inconstitucional se da cuando la norma implícita en el silencio legislativo contradice la Constitución al crear o mantener una situación jurídica que le es contraria nada tiene que ver con las mutaciones constitucionales”. La posición del autor se limita a sostener que “tan sólo se dice que si la consecuencia del silencio legislativa es una norma contraria a la Constitución, se torna en una omisión inconstitucional; igual que la ley contraria a la Constitución es una ley inconstitucional”. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 60. Conviene precisar que en el presente trabajo no se sostiene que la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando la norma implícita contiene una mutación constitucional, es decir, el silencio solo es censurable cuando modifica la Constitución, sino que el fenómeno de la mutación constitucional es una de las consecuencias que podríandesencadenar la presencia de las normas implícitas, fruto de los silencios del legislador.

⁷²⁰ Si bien López Cadena no aborda la relación entre omisión legislativa y mutación constitucional, sí advierte serios problemas derivados de los cambios producidos por mutaciones: “Si se sostiene que la mutación de los derechos fundamentales significa un cambio en el contenido normativo de una norma, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, habitualmente ocasionado por una transformación en la realidad en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa, cabe pensar que nos enfrentamos a ciertos problemas de cara al actual Estado constitucional colombiano, como pueden ser el desconocimiento del principio de supremacía de la Constitución, pues la realidad sería de mayor peso que la norma; de la violación del principio de fuerza normativa, ya que la norma se podría diluir en la realidad; o también el quebrantamiento del principio de rigidez, puesto que los cambios pueden venir por conducto de otros procedimientos diferentes a los agravados consagrados en la propia Constitución para su

De conformidad con lo anterior, es preciso advertir que se pueden producir cambios informales a la Constitución por un ordenamiento jurídico determinado, como consecuencia de las omisiones del legislador.

1.3.1. Los problemas originados por la norma implícita: el peligro de cambios informales a la Constitución

El problema de cambios informales de la Constitución sin alteración de su contenido literal se registró inicialmente por la doctrina alemana de finales del siglo XIX y principios del XX⁷²¹. Se entiende por mutación constitucional (*verfassungswandlung*) “el cambio de significado o sentido de la Constitución, sin que [se] vea alterada su expresión escrita”⁷²². Siguiendo a Dau-Lin, una mutación es una contraposición producida en muchas Constituciones escritas con la situación jurídica real, es una incongruencia entre la Constitución escrita y la realidad constitucional⁷²³. Al respecto, dos doctrinantes alemanes hacen la siguiente aproximación;

reforma. Igualmente es posible pensar que la noción de mutación se confunde con la de interpretación constitucional, pues mediante esta última, también se puede producir un cambio en el contenido normativo de una norma de derecho fundamental, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, con base en una transformación de la realidad”. LOPEZ CADENA, Carlos. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la corte constitucional colombiana. concepto, justificación y límites*, tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2007, p. 11.

⁷²¹ Cfr. SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, No. 58, enero-abril, 2000, p. 105; LOPEZ CADENA, Carlos, *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la corte constitucional colombiana*, *ibid.*; LOPEZ CADENA, Carlos, “Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos”, en *Revista Derecho del Estado*, n° 22, junio de 2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 129- 158.

⁷²² SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *op. cit.*, p. 105.

⁷²³ DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución* (1932), trad. C. Förster y P. Lucas Verdú, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pp. 9, 29 y ss.

por una parte Laband⁷²⁴, que afirma como la Constitución puede ser transformada sin que operen los mecanismos tradicionales de reforma constitucional⁷²⁵, “las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal”⁷²⁶; por otra, Jellinek afirma que “por mutación de la Constitución entendi[e] la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, la cual se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”⁷²⁷. Jellinek diferencia entre la reforma constitucional que siempre es intencional y la mutación constitucional, la

⁷²⁴ LABAND, Paul, “Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung”, en *Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden*, 1895, pp. 149-186. Una reimpresión más reciente en *Abhandlungen und Rezensionen*, vol. 1, Leipzig, 1980, pp. 574-611, citado por SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *op. cit.*, p. 108.

⁷²⁵ Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich alemán por medio de tres vías distintas: “i) Regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich; ii) Modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución; y iii) Alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos”. Cfr. *Ibid.* Uno de los ejemplos más claros de mutación constitucional es la expansión de la facultad de refrendar los actos del *Kaiser* a través de la legislación y la práctica política; es uno de los cambios más importantes de la situación constitucional del Reich producidos al margen del texto constitucional. Para Sánchez, “la Constitución del Reich sólo mencionaba la existencia de un ministro —canciller— que daba validez a los actos del *Kaiser* con su refrendo. De la capacidad de refrendo se desprendía que el Canciller era el responsable de la acción política del Estado. Sin embargo, para Laband, la extensión y la diversidad de la administración del *Reich* hizo que esta función fuese tan amplia como irrealizable por lo que, en la práctica, se admitió que el refrendo pudiese ser realizado por los jefes de las administraciones del *Reich*”. Otro ejemplo traído a colación por Sánchez Urrutia es el siguiente: “La ley de finanzas del *Reich*, conocida como la *Cláusula de Frankenstein*, supuso un cambio informal del artículo 38 de la Constitución que prescribía que el producto de las aduanas y los impuestos deberían ingresar en las cajas del tesoro nacional. Según la *Cláusula de Frankenstein* el importe de las aduanas no iba a parar al tesoro del *Reich*, sino que sólo pasaba a través de él. Esta contradicción entre ley y Constitución fue posteriormente superada por una reforma constitucional aprobada en 1904 que elevó a rango constitucional los puntos centrales de la ley de finanzas del *Reich*.”

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ JELLINEK, George, *Reforma y Mutación de la Constitución* (1906), trad. C. Foster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 7.

cual supone el cambio operado por actos no intencionados, que no alteran expresa y directamente el texto de la Constitución⁷²⁸.

Heller⁷²⁹, para comprender el fenómeno de la mutación constitucional, distingue entre la Constitución no normada (normalidad) y la Constitución normada (normatividad), y dentro de esta última señala que existe la normada extrajurídicamente y la normada jurídicamente. Así pues, como no es posible analizar de modo completamente separado el elemento dinámico de la Constitución del elemento estático, tampoco pueden serlo la normalidad (realidad social) y la normatividad (Constitución), en otras palabras, debe existir un puente de entendimiento entre el ser y el deber ser de la Constitución. Ahora resulta claro que para Heller⁷³⁰ la normatividad del sistema constitucional está aspirando continuamente a adecuarse a la normalidad, de tal suerte que si esta operación de acoplamiento tiene resultado, se alcanzaría el objetivo de salvaguardar tanto la seguridad jurídica como la continuidad del ordenamiento. Y cuando esta operación fracasa por el desfase entre la normatividad y la normalidad, se atenta directamente contra la continuidad del ordenamiento jurídico. Aquí vale la pena detenerse un poco, porque puede suceder que la normalidad no sea incorporada por lo normado jurídicamente (Constitución) y, como producto de esto, se produzca una tensión entre la normalidad y la normatividad; es decir, la normatividad puede ver deteriorada su vocación normalizadora, y de esta forma la normalidad puede exceder la norma. Este proceso de desfase entre el “ser” y el “deber ser”, en el que el “ser” es contradictorio con el “deber ser”, se conoce como mutación constitucional, una mutación *contra Constitutionem*.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1934), trad. L. Tobío, 7ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 268.

⁷³⁰ *Ibid.*

El fenómeno de la mutación constitucional se manifiesta en las interfaces⁷³¹ que se producen entre las normas constitucionales y la realidad, entre la normatividad y la normalidad. Existen dos interfaces, la primera coincide con la realidad constitucional -deber ser- y la realidad fáctica -ser-, la cual puede responder a dos dinámicas: (i) que la realidad siga lo marcado por la norma, lo que supone la vigencia plena del derecho constitucional, (ii) o que la norma constitucional siga la realidad como ocurre cuando se modifica formalmente la Constitución⁷³². La segunda interfaz es problemática, ya que se trata de una incompatibilidad entre los mandatos constitucionales y la realidad, o bien de un enfrentamiento entre una norma con vinculación positiva y una norma contraria al precepto constitucional derivada de los efectos implícitos de la inercia legislativa.

El referido autor acepta que pueden existir cuatro casos de configuración de mutaciones constitucionales:

“i) la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución; ii) la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución; iii) la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución; y iv) la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución”⁷³³.

Para explicar el nexo entre normalidad y normatividad planteado por Dau-Lin y Mend, Hesse postula que el contenido normativo de una norma tiene dos componentes, a saber: el “programa normativo” y el “ámbito

⁷³¹ Cfr. DAU-LIN, Hsü, “Formalistischer und antiformalistischer Verfassungsbegriff”, en *Archiv des öffentlichen Recht*. XXII, No. 1, 1932, p. 28. Citado por Ana Victoria Sánchez Urrutia, *op. cit.*, p. 126. Este autor fue discípulo de Mend, en la época de Weimar.

⁷³² DAU-LIN, Hsü, *Die Verfassungswandlung*, Berlín y Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1932, p. 20 Citado *ibid*, p. 126.

⁷³³ *Ibidem*.

normativo”⁷³⁴. En el primero está contenido el encargo o mandato, esto es la prescripción; mientras que en el segundo está implícito el conjunto de datos del mundo social, esto es, la realidad constitucional⁷³⁵. Se advierte que la realidad constitucional, que se encuentra en el “ámbito normativo”, no puede plantearse como un argumento *contra constitutionem*, pues “la realidad que puede acoger la Constitución no puede ser contraria a su sentido, o sea, no puede sobrepasar los límites impuestos por el programa normativo”⁷³⁶; aceptar una realidad en contra de la Constitución como ajustada a derecho “produciría el reconocimiento de una superioridad de lo fáctico sobre lo normativo”⁷³⁷.

Merece examinarse una tesis renovada que permitirá apoyar la postura que se plantea en este trabajo desde otro punto de vista. Böckenförde se interroga a propósito de los límites de la mutación, al afirmar que lo importante no es el desvanecimiento de la realidad constitucional en la realidad fáctica, sino la demarcación de los límites de la mutación; es decir, que el “ámbito normativo”, se encuentre en consonancia con el “programa normativo”; luego, se necesita que exista una conexión entre la realidad y la norma, y no una tensión que produzca un escenario de antinomias⁷³⁸. Se advierte que este autor no habla de mutación

⁷³⁴ Müller es el autor de la tesis sobre la estructura de la norma como “ámbito normativo” y “programa normativo”. Cfr. MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. L. Villacorta, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n.º. 27, septiembre-diciembre de 1989 y también en MÜLLER Friedrich, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, trad. S. Gómezde Arteché y Catalina, Marcial Pons, Madrid, 2006.

⁷³⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 56.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ HESSE, Konrad, *op. cit.*, p. 30.

⁷³⁸ Precisa Böckenförde: “lo que importa aquí desde el punto de vista de la dogmática jurídica, es diferenciar y delimitar los fenómenos expuestos respecto del cambio constitucional. Si se incluyeran dentro de este concepto sólo porque se trata de modificaciones en el ámbito constitucional, el concepto se cargaría de sentidos múltiples y perdería con ello toda su claridad. Incluiría también fenómenos cuya necesidad y admisibilidad en modo alguno puede entrar en cuestión en el marco del ordenamiento

constitucional sino de cambio constitucional⁷³⁹; sin embargo, pese a este cambio conceptual, se debe señalar que Böckenförde, al hilo de lo que se sostiene en este trabajo de investigación, acepta que se genera un cambio constitucional cuando se refiere a la modificación del significado de una norma constitucional, con lo cual aparece una función nueva o distinta de la norma⁷⁴⁰.

En suma, aunque para algunos autores no es correcto sostener que una mutación es un caso de reforma informal de la Constitución⁷⁴¹, es posible afirmar que los efectos normativos implícitos y antijurídicos sobre derechos fundamentales o situaciones jurídicamente protegidas derivados

constitucional vigente”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 192.

⁷³⁹ Los cuatro presupuestos de Böckenförde para explicar los cambios constitucionales son los siguientes. En primer lugar, el término de cambio constitucional puede entenderse como cambio de la situación constitucional en la que se encuentra una comunidad política; con el tiempo se producen cambios profundos a través de factores jurídicos, políticos, económicos o sociales. En este caso la Constitución es un momento más y no el criterio determinante. En segundo lugar, la pregunta por la naturaleza del cambio constitucional puede referirse a la relación entre el derecho constitucional y la realidad constitucional, constatando el cambio de la Constitución frente a la aparición de nuevas circunstancias políticas, socioculturales o incluso referentes al ámbito de la conciencia o del espíritu; el cambio no afecta a la Constitución, a su contenido normativo, sino a la realidad que resulta de la aplicación o la realización de la norma constitucional. En tercer lugar, el término mutación constitucional puede utilizarse también para designar una modificación del significado de una norma constitucional por el cambio de las circunstancias en el ámbito real y de la vida al que se refiere la norma constitucional, y en tal caso lo que ocurre es que aparece una función nueva o distinta para la norma. Finalmente, en cuarto lugar, se habla de cambio constitucional cuando se modifica el contenido de las normas constitucionales sin que se produzca una transformación del texto constitucional. Cfr. *ibidem.*, pp. 181-182.

⁷⁴⁰ “El término de cambio constitucional puede utilizarse también para designar una modificación del significado de una norma constitucional. Esta modificación del significado no es lo mismo que un cambio del contenido de la norma (...) La modificación del significado puede producirse por un cambio de las circunstancias en el ámbito real y de la vida al que se refiere la norma constitucional, y en tal caso lo que ocurre es que aparece una función nueva o distinta para la norma”, *ibid.*, p. 182.

⁷⁴¹ López Cadena considera que cuando opera el fenómeno de la mutación no se está planteando un problema de reforma constitucional, puesto que se estaría desconociendo y privando a la Constitución y a los derechos fundamentales de unos de sus pilares básicos, como es el principio de rigidez. Cfr. LOPEZ CADENA, Carlos, *op. cit.*, p. 103. Sin embargo, lo que aquí se plantea es reconocer una situación fáctica contraria al orden constitucional debido precisamente a su ineficacia.

de un silencio sí producen este desvío hacia una reforma de corte informal: una fractura entre “mandatos” y “eficacia”, entre “normalidad” y “normatividad”, una interrupción entre la “Constitución como deber ser” y la “Constitución como ser”, lo cual lleva a sostener que los mandatos al legislador sí se mutan o cambian por normas negativas *contra constitutionem*. Las normas implícitas de los silencios en la práctica tienen indeseables efectos de una reforma constitucional, la normalidad tiene entonces la capacidad de desbordar los límites constitucionales de la normatividad.

A continuación se estudiará el fenómeno de la omisión como un cauce idóneo para la materialización de una mutación constitucional.

1.3.2. Los efectos normativos de la omisión: un nuevo cauce idóneo para la mutación constitucional

El centro de gravedad del modelo constitucional no solo basa su legitimidad en el quién y el cómo se manda, sino también, en el qué puede mandarse; de ahí que el parámetro de validez de las normas no sólo se construye a partir de un referente compuesto de criterios de competencia y procedimiento, sino también de normas sustanciales. Así las cosas, la validez no resulta solo del valor formal, esto es, el respeto por las formas y los procedimientos de producción legislativa, sino también de un valor sustancial⁷⁴².

El problema de las omisiones en el Estado constitucional reside en la validez sustancial y no en la validez formal; en principio, se podría afirmar

⁷⁴² Al respecto, Ferrajoli comenta: “para que una ley formal [sea] válida es necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustantivas sobre la producción.” FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, trad. N. Guzmán, en *Isonomía*, No. 19, 2003, p. 230.

que guardar silencio es una prerrogativa inexpugnable que hace parte del respeto por las reglas de la democracia, luego entonces el silencio es una materia discrecional del monopolio del legislador. Sin embargo, la omisión es inconstitucional no tanto por presentar un vacío de regulación normativa o inejecución de un encargo, sino por producir un significado o efecto normativo implícito que, además de distorsionar los preceptos de la Constitución, puede ocasionar un daño antijurídico a los titulares de derechos fundamentales o de situaciones jurídicamente protegidas.

De modo que el problema que se puede producir es un cambio del contenido positivo del derecho fundamental, sin que se advierta ninguna alteración de su tenor escrito, resultado de un desfase entre la realidad, esto es, la inercia del legislador que impide que los mandatos constitucionales alcancen el mayor grado de eficacia, y la Constitución que define obligaciones claras de desarrollo o de adecuación legislativa; la normalidad, regida imperativamente por los significados normativos del silencio, desborda los vínculos constitucionales de la normatividad, regidos por encargos o mandatos. En otras palabras, el silencio del legislador altera las esferas de decisión⁷⁴³, particularmente, *la esfera de lo indecible que no*, es decir, la que está determinada por el conjunto de derechos de vinculación positiva o derechos sociales que imponen al legislador encargos de satisfacción o adecuación. Si bien algunos críticos sostienen que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución conservan su grado de vinculación y, por ende, jamás se podrá producir una mutación constitucional por la existencia de un desfase entre la

⁷⁴³ Para recordar lo que se trató al inicio de este trabajo de investigación, Luigi Ferrajoli en su teoría de derecho constitucional nos habla de tres esferas de decisión. La primera que está compuesta por lo *indecible*, es decir, por el conjunto de derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos. En segundo lugar, la *esfera de lo indecible que no* compuesto por vínculos positivos dirigidos al legislador para satisfacerlos. Y en tercer lugar, la esfera de lo decidible, ámbito del ejercicio discrecional y legítimo del legislador.

realidad y la Constitución⁷⁴⁴, no observan que el problema radica en que una de las esferas de decisión *-lo indecible que no-*, es transformada por silencios dañinos que soslayan los procedimientos agravados de reforma; así pues, se infiere que la garantía de la rigidez constitucional no es suficiente, pues por medio de los efectos normativos implícitos, no sólo se puede disponer deliberadamente de una de las esferas de decisión del principio de democrático, sino también no se logra asegurar el valor vinculante y, por ende, la fuerza normativa de la Constitución. En síntesis, la mutación constitucional es un problema característico de la incongruencia entre el encargo constitucional y la realidad fáctica.

Por lo anterior, recientemente, se ha afirmado que la omisión legislativa que no garantiza la normatividad de la Constitución “es un fenómeno de la más alta gravedad, porque contraría la voluntad del poder constituyente originario y su reiteración puede generar el fenómeno de la mutación informal de la Constitución”⁷⁴⁵, es decir que “la reiterada falta de respeto al deber de legislar puede llevar a una especie de incumplimiento tolerado o

⁷⁴⁴ “Heller afirma que la mutación constitucional cumpliría una función de complemento de la Constitución. Lo haría por conducto de los principios; no obstante, podría aparecer un problema: la situación en que la realidad social no sea complemento de la norma, sino por el contrario sea contradictoria. Es decir, bajo esta tesis sería aceptable una mutación *contra Constitutione*. Cuando sale a flote nuevamente el inconveniente de la tensión entre el Derecho y la realidad, una de las varias respuestas a este dilema, es considerar que si la norma no es consecuente con la realidad el Derecho fenece, situación cuyos inconvenientes se resaltaron cuando se analizó la teoría de Jellinek sobre la fuerza normativa de los hechos sobre el Derecho. Heller es partidario de esta solución, por eso cuando se esfuerza en explicar la tensión que se produce entre cambio y permanencia por causa de una normalidad contraria a la norma jurídica. Al respecto, sostiene: “Con bastante frecuencia, el uso social, la realidad social no normada extrajurídicamente, se revela más fuerte que la norma estatal”: HELLER, Herman, *Teoría del Estado* (1934), trad. L. Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 278. Frente a esto, López Cadena afirma: “La anterior respuesta es inadecuada, pues –aunque en la práctica es necesario relacionar la norma con la realidad– mientras el Derecho esté vigente (con el beneplácito de todos, muchos o pocos) es de obligatorio cumplimiento, y, por tanto, producirá una forma de actuar determinada, pues está dotado de fuerza normativa. El ordenamiento constitucional puede necesitar una transformación, pero mientras ella no se produzca el Derecho se mantiene vigente y vinculante”: LOPEZ CADENA, Carlos, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁴⁵ BRUST, Léo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, p. 467.

condescendiente de los términos de la Constitución fijados por el poder constituyente originario”⁷⁴⁶.

Por lo anterior, es posible afirmar que cuando los vínculos positivos o derechos sociales, caracterizados por obligaciones de “hacer” (lo indecible que no) no se desarrollan, se observa un derecho lagunoso que atenta contra la plenitud del ordenamiento jurídico; de esta manera, el contenido de los derechos fundamentales es sacrificado en el altar de la soberanía legislativa por los efectos normativos implícitos de su silencio, lo cual crea una ruptura en el Estado constitucional entre el mandato de “hacer” y la realidad. Al respecto, advierte Hesse que “la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo; por definición no puede existir una realidad constitucional *contra contitutionem*”⁷⁴⁷. De allí la importancia del estudio de las mutaciones normativas contrarias al orden fundamental.

En suma, es posible afirmar que los efectos normativos de la omisión tienden a modificar el significado de una de las esferas de decisión

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 135. Según López Cadena: “El hecho de que la Constitución no regule ciertos puntos de la vida del Estado o de la comunidad, es porque quiere permanecer siempre abierta a la resolución de múltiples situaciones históricas que cambian permanentemente. Esta posibilidad de movilidad de la Constitución debe actuar de manera armónica con su carácter rígido”. Al respecto, Hesse sostiene: “Lo persistente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídico fundamental de la comunidad”. De acuerdo con esto, como afirma López Cadena, “puede aparecer un problema entre “movilidad” y “rigidez” de la Constitución, cuando se plantea la necesidad de revisión constitucional, es decir, cuando la amplitud y apertura de la norma no tiene la capacidad de solucionar los conflictos presentes en un momento concreto. Con razón afirma Hesse: “La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación”.

mediante normas implícitas contrarias a la Constitución; así la omisión produce un cambio funcional de los vínculos sustanciales definidos por el Estado constitucional.

A continuación se estudian las técnicas de corrección orgánico-procedimental, aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano para solventar el problema de las omisiones

2. LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES Y LAS TÉCNICAS DE CORRECCIÓN ORGÁNICO-PROCEDIMENTALES

La teoría constitucional enfrenta uno de sus principales problemas: la eficacia de los derechos fundamentales. La cuestión cobra más notoriedad cuando se trata del silencio del legislador que genera efectos normativos implícitos contrarios a la Constitución y con la potencialidad de producir, además, daños antijurídicos subjetivos y concretos, los cuales deben ser reparados. Aunque la sustentación de un control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales entraña una fuerte tensión entre constitucionalismo y democracia, las lagunas con efectos normativos exigen una respuesta judicial que conjure esta irregularidad, ya que si no se tiene una respuesta adecuada, la Constitución, en esas precisas materias, se convierte en una Carta de meras promesas⁷⁴⁸.

Para enfrentar esta problemática, los tribunales constitucionales se han visto abocados a ejercer no solo la tarea clásica y exclusiva de legislador negativo, consistente en la función de expulsar del ordenamiento jurídico normas positivas contrarias al orden superior, sino también a elaborar decisiones de integración normativa. Sin embargo, ha surgido una polémica en torno a si el control de constitucionalidad de las omisiones

⁷⁴⁸ Ferrajoli sostiene que las divergencias entre el deber ser y el ser del derecho, en cierta medida fisiológicas, pueden convertirse en patológicas. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, T. II, *op. cit.*, p. 76.

legislativas, tanto absolutas como relativas, está transformando al juez constitucional en un “legislador positivo”⁷⁴⁹ que, cada vez más, con mayor incidencia, pone en tela de juicio el principio democrático.

Es importante advertir que Ferrajoli defiende una posición bastante estricta y conservadora del alcance del control jurisdiccional, el cual “consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anular los actos inválidos o de la condena de los actos ilícitos”⁷⁵⁰. Y es, según Prieto Sanchís, muy lógico, por cuanto la jurisdicción no puede remediar una

⁷⁴⁹ Mora Restrepo explica el rol controversial del juez constitucional al asumir una función de legislador positivo: “la idea según la cual los jueces cumplen una tarea más o menos sencilla y mecánica de comparar normas y hechos para deducir decisiones exactas, conforme a lo dispuesto por un legislador histórico, no pasa de ser hoy una referencia, casi anecdótica, para explicar cómo se entendía la actividad de los jueces en las teorías jurídicas tradicionales de estirpe decimonónica. Por el contrario, lejos de consistir en un simple razonamiento deductivo, los procesos judiciales son hoy comprendidos como una actividad racional y discursiva compleja (...) Esta perspectiva de la función judicial, si bien es más realista que la de cuño tradicional, plantea sin embargo importantes problemas relacionados con las posibilidades legítimas que poseen los jueces para tomar decisiones. En efecto, la existencia de soluciones alternativas a los casos concretos, lo mismo que las dificultades inherentes a los procesos judiciales y el papel protagónico reconocido a los jueces, son cuestiones que no pueden ser planteadas al margen de la responsabilidad que poseen de fallarlos adecuadamente o correctamente, o para usar un lenguaje más clásico, de la obligación que tienen los jueces de tomar decisiones que correspondan a la efectiva realización de la justicia”. MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 17-18.

⁷⁵⁰ Ferrajoli, cuando aborda las funciones legislativa, administrativa y judicial se observa la tarea tan restringida que le asigna al control judicial en relación con las garantías, al que le atribuye la anulación de los actos inválidos: “son garantías todas las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas: garantías primarias, las correspondientes a los derechos subjetivos; garantías secundarias, las correspondientes a la anulabilidad de los actos inválidos y a la responsabilidad por actos ilícitos, comenzando por aquellos cometidos en violación de las garantías primarias (...) no es difícil asociar estas tres distintas funciones a los tres clásicos poderes del estado de derecho: el poder legislativo, encargado esencialmente de la actuación de la razón social de las instituciones políticas a través de la introducción de las respectivas garantías; el poder ejecutivo, encargado de la actuación de las garantías primarias; y el poder judicial, encargado de la actuación de las garantías secundarias. Así pues, llamaré “función legislativa” a la función pública de producción de las garantías primarias y secundarias; “función administrativa” a la función pública de actuación de las garantías primarias; “función judicial” a la función pública de actuación de las garantías secundarias. (...). La función judicial es una función de contenido típico y vinculado. Ante todo, *consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anulación de los actos inválidos o de la condena por actos ilícitos.*” FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, T. I, op. cit. p. 771 (énfasis propio).

laguna, máxime cuando esta exige la producción de una norma nueva, es decir, aquella reclamada por la Constitución injustificadamente omitida; desde esa perspectiva, colmar una laguna es una tarea que supone la elaboración de un acto de producción normativa, y esta es una actividad que sólo corresponde al legislador, no al juez⁷⁵¹. En ese sentido, para Sagues es “inegable que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*, las que - naturalmente- pueden llegar por vía de acción o de omisión”⁷⁵². Así las cosas, la dificultad capital que enfrenta el control de las omisiones legislativas se refiere a las garantías o técnicas de corrección orgánico-procedimentales⁷⁵³. Aquí se presenta la discusión si frente a la falta de voluntad política del legislador en remediar dicha situación, podría el juez constitucional corregir las consecuencias de los efectos normativos del silencio legislativo.

En esta sección se busca responder los interrogantes más relevantes en torno a las correcciones de las omisiones legislativas, tanto absolutas

⁷⁵¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., p. 77.

⁷⁵² SAGUES, Nestor, “Prólogo” al libro de BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 13-14, citado por Víctor Bazan, op. cit., p. 140 (énfasis original).

⁷⁵³ “Uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo -que puede llamarse demanda, denuncia o queja- ante una autoridad independiente del obligado -habitualmente un juez- para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento. Este rasgo se denomina *justiciabilidad o exigibilidad judicial*, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate”. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian, *El umbral de la Ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 2. Según Ferrajoli, garantía “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”: FERRAJOLI, Luigi. “Garantías”, en *Parole chiave*, No. 19, 1999, trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello; FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía*, México, No. 16, 2002, pp. 16 y ss.

como relativas. Para ello, se parte de un cuestionamiento básico: ¿cuál es el fundamento dogmático jurídico de la corrección de una omisión legislativa y cómo puede instrumentarse un sistema adecuado de garantías que obligue al legislador a actuar⁷⁵⁴, sin quebrantar, la ecuación entre la supremacía constitucional y el principio de libre configuración democrática del legislador?

La respuesta a este interrogante pasa desde la revisión de los presupuestos jurídico-teóricos para la corrección orgánico-procedimental de la omisión legislativa en el derecho colombiano (2.1), hasta la verificación de las herramientas jurídico-procesales para la corrección de las omisiones inconstitucionales en otros ordenamientos (2.2) y en el ordenamiento jurídico colombiano (2.3).

2.1. Apologías teóricas de construcción de técnicas de corrección orgánico-procedimental frente a la omisión legislativa

Para abordar este tema, es necesario analizar las razones teóricas por las cuales se deben aplicar técnicas de corrección orgánico-procedimental sobre las omisiones legislativas en el Estado constitucional (2.1.1). Al mismo tiempo los argumentos que llevan a las fuentes formales del derecho en Colombia a redefinirse y a reconocer a estas técnicas un valor importante (2.1.2).

⁷⁵⁴ Sobre las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales que contrarresten las omisiones legislativas, Ferrajoli considera que pueden ser más efectivas que las creadas para la protección de las libertades, prohijadas en el Estado decimonónico: “La violación de un derecho de libertad o, peor aún de la integridad personal o del derecho a la vida puede ser sancionada, pero ciertamente no anulada. Por el contrario, la violación por incumplimiento de un derecho social bien puede ser reparada con su ejecución, aunque sea tardía. Bajo este aspecto, las garantías jurisdiccionales de un derecho social pueden ser aún más efectivas que las de un derecho de libertad”: FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, “prólogo”, *op. cit.*, p. 11.

2.1.1. Argumentos teóricos sobre la aplicación de técnicas de corrección

El modelo de Estado constitucional identifica en el escenario jurídico una serie de vínculos de naturaleza positiva o negativa -mandatos de hacer o de no hacer- para los poderes públicos, o también denominados garantías primarias o sustanciales consistentes en deberes de prestación o de no lesión⁷⁵⁵; *ergo*, el catálogo de los deberes de prestación, esto es, de hacer, alcanzan un cierto grado de plenitud en la medida que exista correlativamente un desarrollo legislativo. En sentido contrario, las violaciones por omisión de mandatos de hacer se pueden traducir en una forma de *desarrollo de la ilegalidad*, así mismo cuando no existen garantías de orden jurisdiccional o garantías secundarias o instrumentales frente a la ineffectividad de las garantías primarias, se produce un *defecto de legalidad*⁷⁵⁶.

Ferrajoli postula la necesidad fuerte de proteger el principio de la *interpositio legislatoris* o reserva legal; la remoción de lagunas o vicios por omisión solo es posible a través de una decisión que corresponde al legislador⁷⁵⁷. Prieto Sánchis propone el siguiente ejemplo: ante la ausencia de una ley de huelga que imponga al empresario la prohibición de despido de los trabajadores por incumplimiento de contrato, se presentaría una laguna de garantías primarias, lo cual conduciría a que el precepto constitucional que reconoce el derecho de huelga sea inaplicable y, por tanto, ineficaz para tutelar la conducta huelguista⁷⁵⁸. Este autor advierte que si esta conclusión es puntual, la posición de Ferrajoli conduciría inexorablemente a aceptar una insoportable inflexibilidad para

⁷⁵⁵FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, T.II. *op. cit.*, p. 637.

⁷⁵⁶FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, T. I y II. *op. cit.*, p. 76 y 637.

⁷⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. T. I, *op. cit.*, p. 649.

⁷⁵⁸PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 78.

el neoconstitucionalismo que defiende, como una de sus tesis, la aplicación directa e inmediata de la Constitución⁷⁵⁹. En realidad el profesor italiano parece avalar un monopolio inamovible del legislativo en materia de garantías tanto primarias como secundarias cuando afirma que “los derechos fundamentales requieren siempre, como observancia primera y prejudicial, una legislación de desarrollo, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente, primarias y secundarias”⁷⁶⁰. En efecto, conserva una posición radical al afirmar que las omisiones son imposibles de resolver por el intérprete en el marco del derecho vigente⁷⁶¹, ya que en cabeza del legislador reposa únicamente la legitimación para la elaboración de la garantía secundaria o técnicas de sanción o control.

Frente a esta postura rígida de Ferrajoli que no prohija por una salida de aplicación directa de los mandatos constitucionales, por respeto del principio democrático, otros teóricos como Guastini aceptan los efectos irradiadores del modelo constitucional sobre los ordenamientos jurídicos y concentra su atención, entre otros factores, en la aplicación directa de las normas constitucionales puesto que son vinculantes y susceptibles de

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁶⁰ Al respecto afirma: “El primer factor de crisis, *por omisión*, está determinado por la falta de realización de las normas constitucionales. Se ha visto la enorme importancia, teórica y práctica, de la distinción entre derechos y garantías, cuyo nexo de implicación no es óntico sino deóntico. Y se ha mostrado que en un sistema nomodinámico de derecho positivo la enunciación de un derecho fundamental, allí donde se produzca en una Constitución rígida, no resulta desmentida sino violada no sólo por la presencia de normas en contraste con ella sino incluso por la falta de introducción de las debidas garantías que forma el obvio presupuesto de su tutela y satisfacción; no sólo de los vicios consistentes en antinomias, sino también de los vicios mucho más graves consistentes en lagunas de garantías, sean formales o sustanciales, primarias o secundarias. Esto significa que los derechos fundamentales, al consistir en normas téticas, requieren siempre, como observancia primera y prejudicial, una *legislación de desarrollo*, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias, en ausencia de las cuales están destinados a la que he llamado ‘inefectividad estructural’”: FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, T. II, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. T. I, *op. cit.*, p. 645.

producir efectos jurídicos⁷⁶², como paliativo oportuno a las omisiones legislativas.

Al respecto, es oportuno el siguiente ejemplo: el artículo 18 de la Constitución colombiana prescribe: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. La objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre una norma jurídica y una norma moral. Sin embargo, en el derecho colombiano se presenta una ausencia absoluta de regulación legislativa del derecho fundamental a la objeción de conciencia, lo cual ha conllevado a que se acuda a una acción de amparo constitucional para lograr que el derecho sea garantizado directamente, como en efecto ha sucedido en algunos casos⁷⁶³, por lo cual la falta de previsión legislativa no constituiría, a diferencia de lo dicho por Ferrajoli, un obstáculo para la eficacia del derecho.

Esta ausencia de normación constituye una laguna porque existe el derecho a objetar por razones de conciencia, pero, el legislador no ha regulado la materia, con lo cual se presenta un defecto de protección o defecto de legalidad. Al respecto, es preciso preguntar: ¿esta laguna significa la imposibilidad de aplicar directamente la norma constitucional y, por consiguiente, la negación a ejercer el derecho? Si bien del enunciado lingüístico que contiene una norma de derecho fundamental se desprende

⁷⁶² GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. J. M. Lujambio, en *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2003, p. 161.

⁷⁶³ En el caso del servicio militar obligatorio, por ejemplo, “confluyen dos aspectos distintos, puesto que, por un lado, está el derecho constitucional que tiene una persona a no ser obligada a actuar en contra de su conciencia o de sus creencias y, por el otro, el procedimiento que debe establecer el legislador en orden a puntualizar las condiciones requeridas para que se reconozca a una persona su condición de objetor de conciencia”: Corte Constitucional, sentencia C-728 del 14 octubre de 2009.

una obligación de “hacer” por parte del legislador para desarrollar una garantía primaria, existen indudablemente unos efectos vinculantes de aplicación directa.

Según Villaverde el juez ordinario puede integrar una laguna en un caso concreto mediante una interpretación conforme a la Constitución haciendo uso de los instrumentos técnicos de la interpretación extensiva y analógica⁷⁶⁴; y afirma que “tras la inconstitucionalidad por omisión absoluta no se esconde más que una interpretación judicial de una situación jurídica respecto de la que no hay norma legal alguna específica sobre la materia, incluso es posible que no haya norma alguna sobre el particular, y sin embargo, deba fijar la regla concreta que la rija”⁷⁶⁵.

Según esta línea de pensamiento, la omisión legislativa absoluta genera un desafío de interpretación e integración judicial del ordenamiento jurídico, con el objeto de excluir en un caso concreto la norma implícita contraria a la Constitución derivada precisamente de ese silencio.

Es preciso advertir que en relación con las garantías primarias -interdicción de lesión o derechos de prestación- Ferrajoli parece tener una posición más atenuada, cuando sostiene “la carencia de garantías primarias -o sea, de la previsión normativa de los deberes positivos o negativos correspondientes, en particular, a los derechos constitucionalmente establecidos, así como de los sujetos específicamente vinculados por ellos- resultan en efecto configuradas como indebidas lagunas que *deben ser colmadas a través de interpretaciones* o decisiones adecuadas a fin de que no se resuelvan en otros tantos factores de ineffectividad”⁷⁶⁶. Y luego advierte: “nuestras tesis sobre la implicación

⁷⁶⁴VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión [...]”, *op. cit.*, pp 63-64.

⁷⁶⁵*Ibid.*

⁷⁶⁶*Ibid.*, p. 636. El énfasis es propio.

entre derechos y garantías, aunque recabables de normas de derecho positivo, permanecen en realidad como *principia iuris tantum*, en cuya virtud existen, en correspondencia con los derechos establecidos, si no las obligaciones y prohibiciones correlativas, al menos la obligación de establecerlas: por así decir la «meta-obligación», cuando la laguna no pueda colmarse tampoco mediante interpretación sistemática, de impulsar intervenciones normativas que establezcan las obligaciones y las prohibiciones que falten y los sujetos llamados a obedecerlas”⁷⁶⁷.

Ante esta afirmación sorpresiva, es pertinente preguntar qué tipo de lagunas se pueden superar judicialmente y cuáles necesitan la interposición del legislador. Al respecto, Prieto Sanchís aporta una respuesta: “lo que al parecer sucedería es que esa aplicación directa de los derechos solo podría tener efectos negativos o de anulación (del despido del trabajador huelguista, de la sanción al joven objetor de conciencia), es decir, daría lugar a situaciones singulares, nunca a efectos positivos o de creación normativa”⁷⁶⁸. El juez a través de un juicio de interpretación puede colmar la insuficiencia normativa de garantías primarias, entendiendo por ello las violaciones de derechos de fase negativa o positiva; así podrá definir, por ejemplo, que aunque el legislador no ha precisado las condiciones de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, puede establecer en un caso concreto si la obligación jurídica está vulnerando un derecho fundamental. *Contrario sensu*, si es indispensable que el legislador defina un sistema procesal de regulación de un derecho fundamental (como por ejemplo un servicio sustitutivo al

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p.80. Y luego precisa: “el juez puede aplicar directamente las normas constitucionales en todos aquellos casos en que no se requieran leyes de actuación o desarrollo, o sea, siempre que el caso enjuiciado sea subsumible en el campo semántico de la norma. Lo que el juez no puede hacer en ninguna situación, es dictar por sí mismo la norma requerida, por ejemplo, para la satisfacción de un derecho social”.

servicio militar obligatorio), ante su carencia, el juez no podría establecerlo, por más que intente forzar los argumentos de interpretación lógico-formal, puesto que entraría a invadir el ámbito de acción del principio democrático.

Esta parece ser la postura que asume Ferrajoli cuando afirma que “la falta de garantía secundarias no es (...) remediable, como puede suceder con las garantías primarias, mediante una simple actividad interpretativa (...) y ello porque tales garantías no sólo suponen, como las primarias, la previsión de obligaciones o prohibiciones atribuidas a sujetos determinados, sino también la material institución de tales sujetos, o sea, la creación de aparatos judiciales idóneos para aplicarlas adecuadamente”⁷⁶⁹.

En resumen, Ferrajoli admite que las omisiones legislativas de garantías primarias en el Estado constitucional pueden ser llenadas mediante una *vis* interpretativa judicial, bien sea a través de una técnica de corrección abstracta o concreta⁷⁷⁰, y en lo que respecta a las garantías secundarias - técnicas de sanción-, defiende la reserva legal del principio democrático.

⁷⁶⁹FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*. T. I, *op. cit.*, p. 638.

⁷⁷⁰ Es importante la anuencia de estas garantías primarias en sede judicial en el Estado constitucional, pues al no desarrollarse una política integral de garantismo se escinde injustificadamente la categoría unitaria de derechos humanos en derechos sociales y derechos de libertad y, en consecuencia, no es posible hablar en serio de la existencia de un constitucionalismo fundado en la igualdad sustancial, dotado de técnicas de sanción o instrumentos similares al sistema de las garantías dispuestas por el Estado liberal clásico. No permitir un grado de intervención judicial, llevaría a concluir que la ausencia de técnicas de tutela convierten en la práctica a los derechos sociales en lo que Squella denomina simples “normas programáticas”. SQUELLA, Agustín. “Democracia y derecho” en *El derecho y la justicia, Enciclopedia iberoamericana de filosofía*. Ernesto Garzón Valdes y Francisco Laporta (edits.). Madrid, Trotta, 1996, vol. 11, p. 518; o “derechos de papel” según Guastini, y con esto se abandona una gran expresión de la dimensión constitucional a la esfera discrecional del legislador. En esta misma dirección Prieto Sanchís afirma que “los retos más importantes que vislumbró en la futura evolución de la filosofía y de la práctica de los derechos humanos son (...) la efectividad de los derechos sociales” Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. José Antonio López García y Alberto del Real (eds), Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

Como se analizará más adelante, tanto el control de constitucionalidad abstracto, como recurso de amparo de carácter concreto (acción de tutela en el caso colombiano) y reductible a la aplicación directa de la Constitución, son técnicas orgánicas de corrección idóneas para amparar las garantías primarias, y en especial aquellas vulneradas por las omisiones del legislador, a causa de la ausencia o déficit de concreción positiva, que afectan derechos fundamentales.

Al respecto, Pisarello insiste en que mientras las garantías legales pueden operar como garantías primarias de los derechos, las jurisdiccionales pueden reputarse como garantías secundarias, es decir, mecanismos de tutela que se activan en caso de insuficiencia o incumplimiento de las primeras⁷⁷¹. Así pues, las garantías primarias son precisamente las interdicciones de lesión u obligaciones de prestación; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad de actos ilícitos o no válidos, que vulneren las garantías primarias⁷⁷².

Por lo anterior, la técnica de sanción o corrección de omisiones es una garantía que adquiere una importancia de primer orden en el Estado constitucional al ser una “técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”⁷⁷³; es un instrumento funcional de tutela de derechos que debe evitar los embates de conductas atípicas como lo es la omisión que los vulneran. De allí la urgencia de que el Estado constitucional cuente con herramientas idóneas para garantizar efectivamente los derechos, especialmente los derechos sociales; en la medida que exista un sistema adecuado de garantías habrá *un constitucionalismo sustantivo de la*

⁷⁷¹ Cfr. PISARELLO, Gerardo. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Courtis (comps), *Derechos sociales, Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003.

⁷⁷² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “Garantías”, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁷³ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, *op. cit.*, p. 39.

igualdad, que vincule a los poderes públicos de manera similar a como lo hacía el Estado de derecho en un *constitucionalismo de la libertad*⁷⁷⁴. En esta dirección, uno de los desafíos del Estado constitucional es construir para el constitucionalismo de la igualdad o sustancial un adecuado sistema de técnicas; esto es, si la Constitución ha reconocido un compendio de derechos sociales, la consecuencia de efectividad de los mismos es un orden estatal que contenga mecanismos adecuados y eficaces de corrección ante eventuales infracciones provenientes de acciones y, sobre todo, omisiones de los poderes públicos⁷⁷⁵.

2.1.2. Posibilidades de control de las omisiones legislativas a partir de la redefinición de las fuentes formales del derecho en Colombia

En Colombia, los jueces, en línea coherente con una tradición positivista o romanista de *civil law*, poseen un margen de acción limitado, pues sus pronunciamientos son vistos como fuente auxiliar del derecho. Inicialmente, se produjo una negación del reconocimiento de las sentencias judiciales como precedente judicial al amparo de una interpretación estricta y literal del artículo 230 de la Constitución de 1991 que incluyó a la jurisprudencia en el rango de “criterios auxiliares de la actividad judicial”, y que la ley era la única fuente de derecho vinculante

⁷⁷⁴ “En la tradición liberal se concibió el Estado de derecho como limitado solamente por prohibiciones, en garantía de los derechos del individuo a no ser privado de los bienes pre-políticos de la vida y de las libertades (además de la propiedad). En efecto las *garantías liberales o negativas* consisten únicamente en deberes públicos negativos o de no hacer -de dejar vivir y de dejar hacer- que tienen por contenido prestaciones negativas o no prestaciones”: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 860.

⁷⁷⁵ Dependiendo de los destinatarios de las obligaciones o de los deberes constitucionales, la doctrina ha distinguido, en las cartas de navegación, dos tipos de garantías: el primero, consiste en los deberes políticos o legales dirigidos al legislador y, de modo indirecto, a la administración. El segundo, encierra los deberes jurisdiccionales o semi-jurisdiccionales dirigidos principalmente a los jueces o a otros organismos legitimados para recibir quejas por vulneraciones de derechos. Nosotros en la parte correspondiente relativa a las técnicas orgánico-procedimentales de corrección de omisiones, nos limitaremos a estudiar las garantías de carácter jurídico. Cfr. PISARELLO, Gerardo. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Curtis (comps), *Derechos sociales, Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003.

para los jueces⁷⁷⁶, interpretación concebida a la luz del artículo 17 del Código Civil que prescribe: “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.” Asimismo, el artículo 25 *idídem* prescribió que la interpretación general de una ley oscura “solo le corresponde al legislador”.

Estas normas de cuño francés⁷⁷⁷ tuvieron incidencia en los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional⁷⁷⁸; posteriormente, al realizar el control de constitucionalidad de una disposición de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que señalaba que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de

⁷⁷⁶ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, en *Anuario de derecho constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, E. Montealegre Lynett (coord.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, nota 13, p. 50.

⁷⁷⁷ “Estas normas resultan de la transposición hecha por Bello de normas del Código Civil francés que solamente se explicaban en la historia propia del Derecho francés: aristocracias judiciales que, reunidas en los Parlamentos, se convirtieron en émulo y contendor del Rey y de sus agentes: le anulaban sus decisiones, le sancionaban a sus agentes, no le registraban los decretos, requisito para su eficacia y, por el contrario, se pronunciaban mediante fallos de alcance reglamentario. Esta lucha de los aristócratas por el gobierno de los jueces determinó, de un lado, la prohibición de los reyes a los jueces de conocer asuntos de gobierno y de administración y, de otro lado, las limitaciones feroces a la función judicial por la Revolución y, posteriormente, por el Código Civil: *référé législatif* u obligación de acudir al legislador cuando el juez sintiera la necesidad de interpretar la ley y prohibición de pronunciar fallos reglamentarios.” OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, “Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿veleidad o independencia del juez?”, en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, José Luis Benavides (comp), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 28.

⁷⁷⁸ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego medina, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000, capítulo I. La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”.

derecho en general”, lo declaró parcialmente exequible al estimar que sus interpretaciones tienen carácter obligatorio general por vía de autoridad⁷⁷⁹.

A pesar de escenarios encontrados en la doctrina nacional⁷⁸⁰, la posibilidad de establecer la figura de precedentes en el derecho colombiano fue aceptada por la jurisprudencia constitucional, según la cual “la sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera y los casos diferentes de manera distinta”⁷⁸¹.

La fuerza vinculante del precedente reside en los siguientes criterios⁷⁸²: (i) el órgano judicial encargado de establecerla cuenta con la habilitación constitucional para hacerlo y, adicional a eso, una de sus principales funciones es tratar de uniformar la jurisprudencia *-principio de uniformidad-*

⁷⁷⁹ “Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. *Sólo* la interpretación que por vía de autoridad hace *el Congreso de la República* tiene carácter obligatorio general. // 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.” Lo destacado en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996. Según la Corte al ser esta la guardiana de la supremacía y de la integridad de la Constitución, “hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad”.

⁷⁸⁰ En la doctrina esta tensión se puede apreciar en TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El precedente en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, p. 3 y ss. LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría Impura del derecho*, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Legis, Bogotá, 2004, pp. 399 y ss.

⁷⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-836 del 9 de agosto del 2001.

⁷⁸² Corte Constitucional: sentencia T-970 del 2012; sentencia C-539 del 2011; sentencia C-836 del 2001; T-1023 del 2006; sentencia SU-047 de 1999.

; (ii) es obligación de los jueces materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales *-principio de igualdad-*; (iii) se debe preservar la garantía del principio de la buena fe, entendido como la confianza legítima que depositan los ciudadanos en la conducta de todas las autoridades públicas *-principio de seguridad jurídica-*; (iv) el carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia construye, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular *-principio de adaptación-*.

Desde esa perspectiva, las lagunas pueden ser superadas por el intérprete autorizado de la Constitución mediante su jurisprudencia. Huelga decir, el carácter incólume del sistema de fuentes no se ve afectado, puesto que la intervención del juez constitucional, como intérprete auténtico, no se hace más que para proteger la supremacía normativa y, con ello, se confiere eficacia a los derechos fundamentales.

Por lo anterior, se puede resaltar que la primera posición según la cual las decisiones jurisprudenciales se enmarcaban dentro de un criterio auxiliar, se fue matizando poco a poco hasta llegar a reconocerse la fuerza vinculante de la doctrina constitucional, lo cual produjo una redefinición de las fronteras de las fuentes formales del derecho. Además, en la decisión de marzo 15 de 1995⁷⁸³ que trata sobre las lagunas ilícitas, esto es, omisiones inconstitucionales, se discutió sobre las técnicas tendientes a reparar a través de decisiones moduladas o condicionadas los silencios indebidos del legislador. En efecto, si el tribunal constitucional tiene competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes (art. 241 ord. 4° C.P.), no existe el problema de mantener una norma o retirarla del ordenamiento, puesto que es posible “adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita

⁷⁸³ Corte constitucional, sentencia C-109 de marzo 15 de 1995.

asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”; de esta manera, “en ciertas ocasiones, la Corte ha decidido mantener en el ordenamiento jurídico una norma pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexecutable (sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada)”⁷⁸⁴.

Bajo esta consideración, el tribunal constitucional ha producido decisiones en las cuales ha hecho uso de diferentes técnicas de corrección de omisiones relativas, a través de sentencias interpretativas o condicionadoras, integradoras o aditivas y diferidas. Estas técnicas orgánico-procedimentales, que nacieron de la redefinición del sistema de fuentes, han constituido un mecanismo válido de reparación que garantiza el principio de efectividad constitucional ante fenómenos de omisión. El juez constitucional no se limita a declarar la validez o invalidez de una disposición normativa y conformándose con expulsar del ordenamiento jurídico las normas que contravengan la Constitución, sino que interviene para encauzar las normas por el sendero correcto de las prescripciones constitucionales. Así pues, la garantía objetiva de la Constitución se torna diferente a partir de las técnicas orgánico-procedimentales de corrección de las omisiones, las cuales serán objeto de profundización en este trabajo. El juez constitucional asume un ámbito propio de la “legislación positiva” a través de un compendio de correcciones tendientes a asegurar la voluntad del constituyente.

Esta evolución jurisprudencial en el derecho colombiano supera la visión de los jueces constitucionales, vistos tradicionalmente como simples operadores jurídicos que deben aplicar la ley, estos es, “esclavos de la ley y no sus árbitros”⁷⁸⁵, “instrumentos que pronuncian las palabras de la ley,

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ “(...) soutenez la justice, sans laquelle tout est anarchie et brigandage. Saumettez-vous-y le premier vous-même; mais que les juges ne soient que juges, et non maîtres;

seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁷⁸⁶. Ahora, la jurisprudencia constitucional ha revelado ante el fenómeno de omisión legislativa el enfoque de un modelo formalista e insuficiente⁷⁸⁷; los críticos de este modelo, no sólo rescatan los espacios de interpretación judicial⁷⁸⁸, sino que resaltan el carácter normativo y vinculante de la Constitución de todos los poderes públicos; de esta manera, tanto los vicios por comisión (desarrollos legales) como los vicios por omisión del legislador (silencios) deben ser objeto de control. El silencio del legislador que atenta contra la Constitución debe ser, por ende, reparado. Esta es una de las mayores pruebas de fuego que afronta un tribunal constitucional, cuando trata de garantizar simultáneamente tanto el principio democrático como el principio de supremacía constitucional, en orden a subsanar los efectos derivados de la omisión, en especial la absoluta.

Luego de una aproximación al valor progresivo de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano, es preciso estudiar cómo diferentes

qu'ils soient les premiers esclaves de la loi, et non les arbitres.” VOLTAIRE. “Fragment des instructions pour le Prince Royal”, en *Oeuvres Complètes*, Baudouin Frères, 2ª ed., París, 1926, vol. XXXVIII, p. 85.

⁷⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes* (1748), trad. M. Blázquez y P. de Veda, Tecnos, Madrid, 1972, p. 156.

⁷⁸⁷ Algunos doctrinantes contemporáneos han expresado su preocupación por la visión reductora de la dimensión legalista del derecho que repliega al juez en un actor pasivo: Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980; PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid 1987, pp. 31-46; LOPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, op. cit., p. 140-165 y 117-187; SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 73-80; VIGO, Rodolfo, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, pp. 13-43.

⁷⁸⁸ Entre los antiformalistas se encuentra Kantorowicz, fundador de la escuela o movimiento del Derecho libre, que afirma: “el juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, sino le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama”. KANTOROWICS, Hermann, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, en *La ciencia del derecho*, trad. W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 363.

técnicas orgánico-procedimentales han sido utilizadas para enfrentar el fenómeno de las omisiones, particularmente, las relativas.

2.2. Técnicas de corrección orgánico-procedimentales sobre la omisión

Frente al problema del déficit de protección normativa⁷⁸⁹ o inactuaciones normativas en el Estado constitucional⁷⁹⁰, la jurisprudencia colombiana

⁷⁸⁹ Sobre la aplicación de la técnica-orgánico procedimental abstracta, la Corte se ha declarado competente para conocer únicamente de las omisiones legislativas relativas; en el resto, en cuanto a las omisiones absolutas, la Corte no adelanta un juicio de constitucionalidad por no existir un texto legal. Sin embargo, tratándose de omisiones legislativas de carácter absoluto, la técnica de corrección aplicada ha sido la tutela o recurso de amparo o la aplicación del estado de cosas inconstitucional. En cuanto a la delimitación de competencias en lo relativo a la omisión, la Corte ha precisado: “la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria. Es decir, son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad. Pero la omisión legislativa pura o total, no es objeto del debate en el proceso de inexequibilidad, puesto que éste consiste, especialmente, en un juicio de comparación entre dos normas de distinto rango para derivar su conformidad o discrepancia. Luego el vacío legislativo absoluto no puede ser enjuiciado en razón de la carencia de objeto en uno de los extremos de comparación”: Corte Constitucional, sentencia C-146 de abril 22 de 1998.

⁷⁹⁰ Ferrajoli afirma que la “estructura del estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Estos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinados, respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos para los poderes públicos. Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total eliminación. Un estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el estado absoluto -poco importa si políticamente democrático- donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso solo válida”: FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho como sistema de garantías”, ponencia para las jornadas sobre “La crisis del derecho y sus alternativas”,

cuenta con algunas técnicas orgánico-procedimentales de corrección. No se trata de reducir el incumplimiento de un mandato constitucional a una simple verificación de una obligación positiva de “hacer”, esto es, corroborar el incumplimiento de un deber de legislar, el cual por sí mismo ya es importante, sino analizar las técnicas de corrección frente a los efectos que emanan de los silencios del legislador al crear situaciones jurídicas que lesionan los derechos fundamentales⁷⁹¹. Antes de abordar esta experiencia de técnicas orgánico-procedimentales en sede abstracta y concreta en el ordenamiento jurídico colombiano⁷⁹², es importante visualizar la respuesta de otros ordenamientos jurídicos.

organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, noviembre 30 a diciembre 4 de 1992; FERRAJOLI. *Derechos y garantías*, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁹¹ En esa medida, como lo afirma De Vega, la misión de un tribunal constitucional “no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución”: DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 53. En consecuencia, el legislador no puede congelar con su silencio el acuerdo sobre lo fundamental pactado en una Constitución al dejar sin efectividad real los mandatos constitucionales.

⁷⁹² Existe una tercera técnica orgánico-procedimental de control denominada difuso constitucional y ordinario de impugnación de actos administrativos, que no será abordada en este trabajo de investigación, por no contar con suficiente material fáctico que nos permite proceder a su ilustración; sin embargo, nos parece pertinente describir brevemente sus contornos. En cuanto al difuso-constitucional, en la medida que se desprendan efectos normativos implícitos derivados del silencio del legislador, la administración deberá estatuir de conformidad con el régimen jurídico vigente y la norma implícita la situación por déficit de regulación normativa. En palabras de Villaverde cuando se trata de la autoridad o agente de la administración, con frecuencia la norma implícita que entra a regular el caso a falta de preceptos formales, es aquella que solo le permite hacer lo que la ley le autoriza y que, por consiguiente, le obliga por ejemplo a denegar, a través de actos administrativos, pretensiones individuales por falta de normas que expresamente le permitan reconocer la posición jurídica del individuo y decidir en consecuencia (cfr. VILLAVEDE MENENDEZ, Ignacio. “La inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, p. 147, citado por MORALES, Andrés Alonso, *op. cit.*, p. 63). Así entonces, plantea Villaverde, en los casos en que, ante la existencia de un silencio legislativo, una tal norma implícita entra efectivamente a constituir el régimen jurídico de las situaciones no reguladas y de la decisión de la administración con base en tal norma implícita se sigue un acto administrativo contentivo de situaciones jurídicas contrarias u opuestas a la Constitución, ese silencio, que se configura entonces como un responsable mediato de tales consecuencias inconstitucionales, deviene, él mismo, en inconstitucional (VILLAVEDE, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, *op. cit.* . p. 56, citado por MORALES, Andrés Alonso, *op. cit.* , p.63).

La norma implícita derivada del silencio al constituir de manera *ad hoc* el régimen jurídico de la situación jurídica particular no regulada, el juez administrativo está llamado a

2.2.1. El tratamiento judicial de las omisiones legislativas en otros ordenamientos jurídicos

Es posible distinguir cuatro grandes respuestas orgánico-procedimentales para enfrentar el fenómeno de la falta de desarrollo legislativo en la tradición continental utilizadas por algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos, así: (i) técnicas normativas constitucionales; (ii) dispositivos de origen legal: el caso de Costa Rica; (iii) control normativo de alcance local; y (iv) control constitucional de naturaleza jurisprudencial.

2.2.1.1. Técnicas de origen constitucional

Es importante señalar que en los últimos 40 años algunos Estados de regímenes democrático liberales han introducido en sus Constituciones, el control jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión, no sin dificultades y riesgos.

Curiosamente fue la Constitución de la ex República Socialista Federativa de Yugoslavia (RSFY), promulgada el 21 de febrero de 1974, proveniente de un régimen político y jurídico diferente, la primera que incorporó a su ordenamiento la institución de la inconstitucionalidad por omisión⁷⁹³.

determinar si la decisión administrativa impugnada, se fundó en la norma implícita contrariando la Constitución, con el fin de proceder en sede declarativa a su anulación.

⁷⁹³ El art. 377 prescribía: “Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución del RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY.” Además, el Tribunal de Garantías Constitucionales como los Tribunales Constitucionales de las Repúblicas y Provincias Autónomas, tenían competencia para *iniciar* “*ex officio*” un proceso con efectos de control de constitucionalidad y en caso de omisiones legislativas podían formular a las Asambleas respectivas propuestas de modificación o elaboración de leyes. *Ídem*, p. 77. Cf. Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Yugoslavia, “A Jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República Federativa da Iugoslavia”, *Boletim de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, Nos. 29-30, p. 94.

Desde el punto de vista teórico e independientemente de sus efectos prácticos y sin desconocer las singularidades culturales y especificidades de los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, es posible afirmar que los desarrollos normativos que se vienen produciendo, se identifican con la concepción de la supremacía normativa de la Constitución y su fuerza vinculante, y en su preocupación por garantizar su plena eficacia frente al legislador. Si bien todavía es un fenómeno de excepción, es significativo reconocer que dicha institución se está abriendo paso dentro del desarrollo de la dogmática constitucional, pese a las insuficiencias y cuestionamientos. A continuación se relacionan las Constituciones que han adoptado el control de constitucionalidad por omisión, para lo cual se comienza con la más antigua hasta la más reciente.

2.2.1.1.1. Portugal (1976)

El 2 de abril de 1976 se promulgó la Constitución de Portugal, como consecuencia de un proceso, calificado de revolucionario, que terminó con un régimen dictatorial. Inicialmente, existía un complejo sistema de control constitucional presidido por el Consejo de la Revolución, órgano esencialmente político, que era asesorado por la Comisión Constitucional, órgano jurídico consultivo. En este texto se consagró la institución de la inconstitucionalidad por omisión, fenómeno que ha suscitado una apreciable producción jurisprudencial y especialmente doctrinal y suscitado interés en el constitucionalismo contemporáneo.

Inicialmente, la competencia para declarar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión fue asignada al Consejo de la Revolución, el cual podía recomendar a los órganos legislativos competentes para que legislen en un tiempo razonable (art. 279). Luego, con la revisión constitucional de 1982 se creó el Tribunal Constitucional al cual se le

asignó el conocimiento de la institución⁷⁹⁴. La reforma mantuvo los presupuestos objetivos que desencadenan el control, esto es una acción directa de inconstitucionalidad ante la ausencia de desarrollo legislativo necesario para hacer aplicables las normas constitucionales⁷⁹⁵. El Tribunal Constitucional debe comprobar si se había producido un incumplimiento de la Constitución por falta de desarrollo legislativo; en caso de existir, la sentencia estimatoria es meramente declarativa, es decir, una vez se comprueba un déficit de desarrollo legislativo, debe ponerse en conocimiento del órgano legislativo responsable la omisión (art. 283), sin que se entienda que puede ordenar al legislador que suprima la omisión y tampoco llenar él mismo la ausencia de regulación legal a través de sus decisiones. Al respecto Gomes Canotilho ha reconocido que este mecanismo “debe mantenerse, no para deslegitimar Gobiernos y Asambleas inertes, sino para asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida”⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ “Artículo 289. 1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas regionales, el Tribunal Constitucional deberá examinar y comprobar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. // 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.” Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELÁEZ, Mariano (ed.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 453. La versión original en RIBEIRO, Vinicio, *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra, Librería Almedina, 1993, p. 365 y LÓPEZ GUERRA, Luis y AGUIAR, Luis, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 1084. En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucional, estos quedaron circunscritos a que el Tribunal Constitucional no “formula una recomendación” a los órganos legislativos, como se estableció en la disposición inicial, sino en “poner en conocimiento”, lo cual, según Gomes Canotilho, se interpreta como una suerte apelación del Tribunal Constitucional, con significado político y jurídico, a los órganos legislativos competentes en el sentido de que estos actúen y emanen los actos legislativos necesarios para la aplicabilidad de la norma constitucional, cfr. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*, op. cit., p. 1027.

⁷⁹⁵ Los cambios de regulación significan “*não tanto com modificações na natureza da fiscalização quanto com diferenças de natureza dos órgãos dela encarregados; resultam da passagem de uma fiscalização política a uma fiscalização essencialmente jurisdiccional*”. MIRANDA, J., *Manual...*, op. cit., p. 282. Es importante señalar que este autor formó parte de la disuelta Comisión Constitucional en donde cumplió un papel muy destacado.

⁷⁹⁶ GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim. “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?”, op. cit., p. 19. Para este autor la fórmula de poner en conocimiento del órgano

Miranda señala que en la práctica ha sido muy exiguo el control de inconstitucionalidad por omisión en Portugal, debido a “circunstancias derivadas de la situación político-constitucional del país y por la menor sensibilidad del instituto en los órganos de iniciativa”⁷⁹⁷.

2.2.1.1.2. Brasil (1988)

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 5 de octubre de 1988 acogió la institución de la inconstitucional por omisión y la introdujo en el art. 103.2 a cargo del Suprema Tribunal Federal, así: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida destinada a dar efectividad a una norma constitucional, se comunicará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para que se haga en treinta días”⁷⁹⁸.

Si bien existe una gran identidad con el instituto portugués, es preciso destacar las siguientes diferencias: (i) respecto al objeto, el estatuto de

legislativo competente es menos directiva que las recomendaciones, pero puede interpretarse como una apelación con significado político y jurídico para que actúen y produzcan los actos legislativos necesarios a la ejecutoriedad de las leyes constitucionales. GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p. 1027.

⁷⁹⁷ MIRANDA, J., *Manual...*, *op. cit.*, p. 292. Durante el primer período constitucional (1976 a 1982) sólo se produjeron seis pareceres de la Comisión Constitucional, de los cuales sólo en dos se encontró que existencia de inconstitucionalidad por omisión, por lo cual el Consejo de la Revolución formuló la correspondiente recomendación. En el segundo período constitucional, de cinco casos presentados por el Defensor del Pueblo, solamente uno fue estimado por el Tribunal Constitucional como inconstitucional por omisión (sobre habeas data) Dicho autor advierte que si el órgano legislativo, a pesar de la verificación de la existencia de la omisión, persiste en su inercia y transcurre un tiempo razonable, nada impide que se desencadene un nuevo proceso de control por cualquiera de los órganos con poder de iniciativa.

⁷⁹⁸ ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. y LEJARZA A., Jacqueline (com.), *Constituciones Latinoamericanas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 183. La versión en portugués en LÓPEZ GUERRA, Luis, y AGUIAR, Luis, *Las Constituciones de Iberoamérica*, *op. cit.*, p. 1084.

Portugal se refiere a la omisión de “medidas legislativas necesarias”, mientras que en Brasil se extiende a la omisión de la medida necesaria para hacer efectiva la norma constitucional, con lo cual se incluyen no solo los silencios legislativos sino también los de la administración en su labor reglamentaria. Desde el punto de vista conceptual, se produce un replanteamiento de la figura por extensión de su objeto; (ii) la legitimación procesal activa en Brasil es mucho más amplia que en Portugal, puesto que es idéntica la legitimación para recurrir por acción o por omisión⁷⁹⁹; (iii) el competente para conocer de la acción en Portugal es el Tribunal Constitucional, en cambio, en Brasil es el Supremo Tribunal Federal, órgano supremo del Poder Judicial ordinario, al cual está asignada la función de ser el guardián de la Constitución (art. 102); y, (iv) en cuanto a los efectos del control, con relación al poder legislativo, tanto la Constitución de Portugal como de Brasil se identifican en que la decisión que se produce por el órgano de control judicial es básicamente declarativa y se limita a comunicar al legislador para que éste adopte las medidas pertinentes. Según Rodríguez Machado la decisión no crea una obligación jurídica y no reviste un carácter sancionador, “se trata de una simple constatación de una obligación preexistente”⁸⁰⁰. Esto es explicable por el principio de separación de poderes, de lo cual se deriva el ejercicio autónomo de sus funciones frente a los otros poderes (autonomía relativa frente a la Constitución). Sin embargo, no se pueden desconocer los efectos prácticos que dicha “declaración de moratoria” revisten para el legislador invitándole a que actúe. Fernández Segado afirma que “se ha considerado que si el constituyente (brasileño) no ha precisado plazo alguno para suplir la omisión lo ha sido por la confianza del constituyente en el establecimiento de mecanismos reglamentarios por el propio Poder

⁷⁹⁹ Cf. MODESTO, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, *Revista de Direito Público*, N° 99, julio-septiembre, 1991, p. 124.

⁸⁰⁰ RODRÍGUEZ MACHADO, Marcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, diciembre de 1988, p. 55.

Legislativo, capaces de viabilizar lo dispuesto por la determinación judicial”⁸⁰¹.

Pero, si la omisión proviene de la administración pública, y esta es una diferencia importante con el modelo portugués, se prevé un plazo de 30 días para que se adopten las providencias necesarias para subsanar la omisión, lo que significa que la comunicación del tribunal constituye una verdadera “*ordem judicial*”, so pena de responsabilidad para el funcionario omisivo⁸⁰². La diferencia de tratamiento podría justificarse en que si bien tanto la administración como el legislador, como poderes constituidos, están vinculados al orden constitucional, la función administrativa es de ejecución y se ejerce estrictamente de conformidad con el principio de legalidad, por lo cual su actividad se encuentra íntegramente regulada y por ende responde por sus actos, omisiones y extralimitaciones (principio de responsabilidad). En cambio, el legislador como depositario de la voluntad general no es ejecutor de la Constitución, pues está investido de la potestad jurídica para crear, desarrollar y modificar el ordenamiento legal, claro está, dentro de los cauces, mandatos y límites fijados por el orden constitucional⁸⁰³. En consecuencia, la ampliación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión a la administración es un aspecto muy

⁸⁰¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Los nuevos desafíos”, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁰² *Ibidem*. Pese a esto, no existen mecanismos constitucionales ni legales que garanticen el cumplimiento de la orden judicial, sin desconocer la responsabilidad que adquieren los funcionarios correspondientes, lo cual discurre por canales diferentes al derecho constitucional. Cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, mayo-agosto, 1995, p. 220. Al respecto Dantas sostiene que ante la desobediencia de los órganos administrativos es posible encauzar a sus titulares a través de la vía penal (delitos de desobediencia y prevaricación). Cf. DANTAS, Ivo, *Mandado de injunção. Guia teórico e práctico*, 2ª edic., Aide, Rio de Janeiro, 1994, p. 65.

⁸⁰³ Según Rubio Llorente, el legislador “puede tomar la iniciativa de la creación (del derecho), que no necesita justificar como jurídicamente necesaria, sino, a lo sumo, como jurídicamente lícita.” RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 22, 1988, p. 39.

innovador, en su afán de buscar la realización objetiva y plena de la Constitución.

Otro mecanismo de control judicial innovador es el “*mandado de injunção*”, creado por el constituyente de 1988 en el marco del control difuso, cuya legitimación es general, esto es, puede ser invocado por cualquier ciudadano cuando la ausencia de legislación vulnere sus derechos y libertades constitucionales o las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía o ciudadanía. El art. 5º, prescribe: “(...) “LXXI (...) se concederá *mandado de injunção* siempre, que por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”⁸⁰⁴.

Las diferencias más relevantes de esta garantía con la inconstitucionalidad por omisión son: (i) la acción de inconstitucionalidad por omisión es un mecanismo de control de constitucionalidad abstracto y general, en cambio, el “*mandado de injunção*” es una acción individual que se desencadena ante la ausencia normativa que impide el ejercicio de un derecho o prerrogativa particular y concreto; (ii) la inconstitucional por omisión se produce ante la omisión de medidas necesarias para hacer efectiva cualquier norma constitucional; el “*mandado de injunção*” exige la existencia de un derecho subjetivo que se encuentra vulnerado por la falta de regulación normativa adecuada, ya sea esta material o procesal⁸⁰⁵; (iii) el Supremo Tribunal Federal es el competente para conocer de la acción

⁸⁰⁴ ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. y LEJARZA A., Jacqueline (com.), *Constituciones...*, op. cit., p. 151. La versión en lengua original en LÓPEZ GUERRA, Luis, y AGUIAR, Luis, *Las Constituciones de Iberoamérica*, op. cit., pp. 98 y 101; DA SILVA, José Alfonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Sao Paulo, Malheiros, 8ª edic., 1992, p. 82.

⁸⁰⁵ GOMES CANOTILHO, J.J., “Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas”, en Salvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, p. 356.

de inconstitucionalidad por omisión, mientras que el conocimiento del “*mandado de injunção*” está atribuido a diversas instancias judiciales, dependiendo del órgano al que le correspondiese la elaboración de la regulación omitida (arts. 102 y 105); (iv) en la inconstitucionalidad por omisión el Supremo Tribunal Federal no puede sustituir la actuación de los órganos legislativo o administrativo; en cambio, en el “*mandado de injunção*” la autoridad judicial puede adoptar las medidas necesarias con el objeto de posibilidad el ejercicio del derecho subjetivo vulnerado.

Cabe la posibilidad de que “podrán superponerse ambos institutos en aquellos supuestos en que la omisión suponga la ausencia de normas adecuadas para convertir en aplicables normas que consagren derechos o libertades”⁸⁰⁶.

Por último, si bien en el ámbito jurisprudencial los mecanismos de control constitucional antes referidos han producido hasta el momento “resultados tímidos”⁸⁰⁷, como así los califica la doctrina, han alcanzado una gran importancia como objeto de estudio, debido a las potencialidades que representan en dirección al reforzamiento de los cauces de protección constitucional.

2.2.1.1.3. Hungría (1989)

⁸⁰⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Los nuevos desafíos”, *op. cit.*, p. 85. Igualmente, este autor señala que “Esta acción constitucional de defensa, que se expande a todos los derechos constitucionales (individuales, colectivos, sociales...), proporciona un modelo digno de ser tenido en cuenta en orden a la búsqueda de soluciones a la problemática que nos ocupa, con las necesarias adaptaciones, como es obvio, a las propias peculiaridades de cada sistema político, revelándonos, en último término, la necesidad de dinamizar los mecanismos de garantía de los derechos en general, y de los derechos sociales en particular, con vistas a superar el modelo todavía hoy vigente asentado en un conjunto de categorías jurídicas concebidas para una sociedad en la que el individuo y su protección era el único punto de referencia válido.” *Ibidem*, p. 88.

⁸⁰⁷ Cf. FERNÁNDEZ R., J.J., “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *op. cit.*, p. 228.

En Hungría, con fundamento en el art. 32 A de la Constitución se profirió la Ley XXXII de 1989 sobre el Tribunal Constitucional, la cual en su art. 1º otorgó competencia a este órgano la competencia para resolver las inconstitucionalidades por omisión; estas consisten en el incumplimiento, por parte del legislador, de sus obligaciones legislativas derivadas de una norma jurídica (art. 49.1). Este procedimiento puede incoarlo el propio Tribunal de oficio o a iniciativa de cualquier persona. El propósito de este control es invitar al órgano omisivo a ejercer sus funciones dentro del plazo señalado. El legislador está obligado a actuar en dicho plazo (art. 49.2)⁸⁰⁸.

2.2.1.1.4. Angola (1992)

Luego de las revisiones a su Constitución de 1975, producidas el 6 de marzo de 1991 y el 26 de agosto de 1992, comenzó a regir el Tribunal Constitucional (art. 134). “La omisión inconstitucional se encuentra expresamente prevista en el artículo 156, en el cual no se define la figura sino que tan sólo se establece la legitimación activa (el Presidente de la República, una quinta parte de los diputados y el Fiscal General) y los efectos de la declaración de inconstitucional por omisión (informar al órgano legislativo competente sobre la medida que deben tomar).”⁸⁰⁹

2.2.1.1.5. Venezuela (1999)

La nueva Constitución de Venezuela de 1999 prescribe en su art. 336 inciso séptimo el control de la inconstitucionalidad por omisión, cuya competencia fue asignada a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ejerce el control de constitucionalidad de las leyes (art.

⁸⁰⁸ FERNÁNDEZ R., J.J., *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 302.

⁸⁰⁹ *Idem*, p. 303.

334, num 7°): “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

Es pertinente señalar que el art. 7 del referido estatuto fundamental consagra el principio de la supremacía constitucional, cuya consecuencia es, por una parte, el control de constitucionalidad de las leyes y, por otra, la obligación de los jueces de asegurar la integridad de la Constitución, como así lo señala Brewer-Carías, quien fue constituyente⁸¹⁰.

En la exposición de motivos de la Asamblea Nacional Constituyente se expresa que “inspirada nuevamente en una tendencia presente en derecho comparado, la Constitución atribuye a la Sala Constitucional la potestad para decidir sobre la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, mecanismo que ha tenido un auge creciente en países como Argentina, Brasil, Costa Rica, Hungría y, especialmente, Portugal.” Y luego afirma: “La inconstitucionalidad por omisión se produce por la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación. Con este mecanismo se persigue evitar situaciones como las que se originaron en el caso del artículo 49 de la Constitución de 1961 y la falta de una legislación sobre amparo constitucional, durante casi treinta años.”⁸¹¹

⁸¹⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 77. Sobre los antecedentes del principio de supremacía constitucional ver la obra del mismo autor *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, T. II, Caracas, 1999, p. 24.

⁸¹¹ Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999, op. cit.*, p. 462. Este autor considera que la exposición de motivos no se encuentra aprobada puesto que, si bien fue suscrita por los Constituyentes, no fue sometida a referéndum como sí sucedió con el texto constitucional. Al respecto es preciso afirmar, que independientemente de la discusión

2.2.1.1.6. Ecuador (2008)

La nueva Constitución del Ecuador que fue aprobada por referéndum el 28 de setiembre de 2008, prescribe en el artículo 436, inciso 10°, que la Corte Constitucional tiene la siguiente atribución: “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.”

Es preciso observar que dicha institución ha sido dispuesta para controlar tanto la omisión relativa como absoluta en que incurran las autoridades públicas, entre ellas el legislador; otorga la competencia a la Corte Constitucional para definir “un plazo razonable” en el cual debió producirse el desarrollo legislativo, lo cual le otorga un importante margen de apreciación; y en caso de persistir el fenómeno omisivo la Corte puede legislar de manera provisional, lo cual sin lugar a dudas le otorga un poder de normación antes impensable.

2.2.1.2. Técnicas de origen legal: el caso de Costa Rica

La Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7128 de agosto 16 de 1989) creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a la cual se le atribuyó competencia para ejercer el control concentrado de constitucionalidad, entre cuyos motivos se encuentra conocer de la acción

sobre su validez jurídica, dicho texto representa un importante documento histórico jurídico sobre los antecedentes de la Constitución.

de inconstitucionalidad “contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas” (art. 73)⁸¹².

A semejanza del instituto brasileño, esta prescripción permite controlar tanto las omisiones del legislador como de la administración pública; sin embargo, al parecer su construcción tan abierta es problemática, puesto que lleva a extender el control tanto a disposiciones generales, como a actos administrativos particulares y actuaciones materiales de la administración, lo cual induce a la confusión con las figuras del silencio administrativo y la ilegalidad por omisión, que tienen una naturaleza diferente⁸¹³.

Sin embargo, doctrinantes como Hernández Valle, circunscriben la institución a las vulneraciones del principio de igualdad y también en aquellos casos en los cuales por efectos de la irretroactividad de la ley, una nueva disposición omite regular de manera transitoria aquellas situaciones de derechos adquiridos consolidados al amparo de la legislación anterior⁸¹⁴.

2.2.1.3. Técnicas de origen normativo de alcance local

2.2.1.3.1. Argentina

La Provincia de Río Negro de la República Argentina expidió su Constitución el 3 de junio de 1988; en ella el art. 207, inciso segundo,

⁸¹² Cfr. DERMIZAKY PEREDO, Pablo. “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, 2002, pp. 63-71.

⁸¹³ Cf. FERNÁNDEZ R., J.J., *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 300.

⁸¹⁴ Cf. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 94.

prescribió una especial acción de inconstitucional por omisión al conferir al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia la siguiente competencia: “d) 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 fiscales- 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”⁸¹⁵.

Bazán califica esta provisión constitucional como “un avance en el trascendente campo del acceso a la jurisdicción”, así como también “una herramienta útil para optimizar el sistema de control de constitucionalidad que conlleve a salvaguardar la –en ocasiones- solo declarada supremacía constitucional”⁸¹⁶.

Sagüés⁸¹⁷, quien fue uno de los redactores de la disposición, señala que el instituto “contempla hipótesis de normas constitucionales programáticas, de tipo de ejecución obligatoria para quien ejerza funciones legislativas”; pero, no se trata de una acción popular abierta, puesto que solamente

⁸¹⁵Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro. “La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, BAZÁN, Víctor (coord.). Bogotá, Temis, 1997, p. 109. SAGÜES indica que el proceso tiene eventualmente dos etapas: la primera, concluye cuando se ha acreditado la omisión y se produce “una intimación” para que el órgano renuente dicte la norma faltante; y, la segunda, en caso de desobediencia al anterior requerimiento se presentan dos alternativas: *i)* Que el tribunal integre el orden normativo con efectos exclusivos al caso concreto; *ii)* Si no es posible lo anterior, se procede a evaluar el daño producido con el objeto de indemnizar a la víctima.

⁸¹⁶ BAZÁN, Víctor: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales, especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, *op. cit.*, p. 82.

⁸¹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 112 - 116.

está legitimado para instaurarla quien tenga la calidad de afectado de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo. Señala que el proceso tiene eventualmente dos etapas: la primera, concluye cuando se ha acreditado la omisión y se produce “una intimación” para que el órgano renuente dicte la norma faltante; y, la segunda, en caso de desobediencia al anterior requerimiento se presentan dos alternativas: a) Que el tribunal integre el orden normativo con efectos exclusivos al caso concreto; b) Si no es posible lo anterior, se procede a evaluar el daño producido con el objeto de indemnizar a la víctima. Además, el instituto ha tenido una apreciable aplicación por parte del tribunal competente, bajo la idea de que “la Constitución no debe convertirse en una mera declaración, sino en un instrumento operativo”⁸¹⁸.

Es preciso resaltar el esfuerzo innovador del instituto al prescribir una indemnización subsidiaria para el afectado con la omisión; es una interesante medida de desarrollo del principio de responsabilidad estatal que emana del Estado democrático de derecho, y constituye un atractivo precedente de concreción normativa de la responsabilidad del legislador⁸¹⁹.

2.2.1.3.2. México

Este instituto se encuentra presente en las Constituciones de los Estados de Veracruz a partir de sus reformas de 2000 (arts. 64, fracción III, y 65, fracción III), Tlaxcala de 2001 (art. 81), Chiapas de 2002 (art. 56) y Quintana Roo de 2003 (art. 103, fracción VIII).

⁸¹⁸ *Idem*, p. 113. Sin embargo, advierte que pueden presentarse insalvables condicionamientos fácticos para la realización de “derechos imposibles”, ante la carencia de medios para cumplirlos (p. 114).

⁸¹⁹ Cf. FERNÁNDEZ R., J.J., *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 299.

La doctrina ha calificado de paradigmática la Constitución de Veracruz al crear un sistema de justicia constitucional local integral, lo cual ha repercutido en una notable influencia en otros Estados federativos; sin embargo, no existe suficiente información sobre el instituto de la inconstitucionalidad por omisión y se advierte un deficiente diseño institucional⁸²⁰.

2.2.1.4. Técnicas de origen jurisprudencial

A continuación se expone una breve revisión de las diferentes técnicas de corrección utilizadas por algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos donde sus técnicas de corrección de las omisiones inconstitucionales nacen en virtud de un origen jurisprudencial.

2.2.1.4.1. Alemania: entre las *Appellentscheidung* y las *Unvereinbarkeitserklärung*

El Tribunal Constitucional alemán es quien acredita el más variado compendio de técnicas orgánico-procedimentales de corrección de las omisiones inconstitucionales. Se ha considerado que el binomio tradicional conformidad-nulidad no es suficiente y, por ello, se han creado técnicas alternativas. Además del recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) emulado por el art. 92 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (Ley del Tribunal Constitucional federal)⁸²¹ que

⁸²⁰ Cf. ASTUDILLO, César, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed., IJ-UNAM, México, 2007, pp. 334-335. Este autor presenta un estudio detallado de cada uno de los ordenamientos federativos en donde existe dicha institución en relación con el órgano competente, el objeto de la inconstitucionalidad, la legitimación para instaurar la acción, el procedimiento y los efectos de la sentencia.

⁸²¹ A este respecto Francisco Fernandez Segado sostiene: “El recurso de queja constitucional exige que se especifique el derecho presuntamente vulnerado y la acción u omisión de los órganos o autoridad por la que se sienta lesionado el recurrente (...) Una

permite declarar la exclusión arbitraria del beneficio por una omisión, existen otras técnicas usadas constantemente por el tribunal constitucional. Para efectos de la investigación, se seleccionan dos importantes técnicas de control-orgánico procedimental de corrección de las omisiones legislativas, a saber: (i) las sentencias con efectos diferidos de inconstitucionalidad o declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*) y (ii) las apelaciones al legislador (*Appellentscheidung*)⁸²².

En primer lugar, las *Unvereinbarkeitserklärung*⁸²³, cuyo punto de partida fue la exclusión arbitraria del beneficio, exigen la actuación del legislador

sentencia dictada en el marco de un recurso de queja constitucional obliga al legislador a través de la realización de la ley a eliminar las omisiones inconstitucionales”. Fernández Segado trae a colación un ejemplo: “En la sentencia del 19/12/1951, en la que el *BVerfG* se pronuncia acerca de un recurso de queja constitucional, un ciudadano inutilizado para trabajar y privado de otros medios de subsistencia, salvo una mínima pensión mensual para mantener a sus tres hijos menores de edad, recurría ante el *BVerfG* reclamando del juez constitucional que se pronunciara en el sentido de que el legislador, al no asegurar una más adecuada y decorosa subsistencia, había violado diferentes derechos fundamentales proclamados en la Ley Fundamental (...) El recurrente en queja demandaba además al *BVerfG* que determinase la obligación del gobierno federal de presentar un proyecto de ley para la modificación de la hasta ese momento vigente legislación (...) Sin embargo, en línea de principio, excluyó que una inacción del legislador pudiera dar lugar a una omisión inconstitucional (...) Será en los años 1957 y 1958 cuando el *BVerfG*, en sus decisiones del 20/2/1957 y el 11/6/1958, dictadas ambas en sendos recursos de queja constitucional, abandonando sus primeras tomas de posición (particularmente, la que parecía frontal oposición de la sentencia de diciembre de 1951, si bien, como ya se ha expuesto, esa oposición se dirigía hacia la omisión absoluta del legislador), admitía de modo inequívoco que la inconstitucionalidad podía provenir no sólo por vía de acción, sino también por vía de omisión legislativa”: FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El control de las omisiones legislativas por el *BUNDESVERSASSUNGSGERICHT* (Tribunal Constitucional)”, en *Derecho Proceal Constitucional Americano y Europeo*, BAZAN, Victor (coord.), T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 999-1007.

⁸²² El *BVerfG* ha utilizado técnicas ampliamente conocidas como las decisiones de interpretación conforme a la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*) para hacer frente a las omisiones, sin embargo, en este apartado consagrado a Alemania, no las estudiaremos, por cuanto nos concentraremos en las más representativas.

⁸²³ “Mientras las decisiones de apelación al legislador tienen un contenido *preventivo*, operando en el ‘campo preliminar de la patología constitucional’, la declaración de inconstitucionalidad sin pronunciamiento de nulidad, por el contrario, tiene un carácter *prescriptivo*, obligando al legislador a suprimir, con la mayor presteza posible, la situación de inconstitucionalidad”: FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 1024.

en orden a remover el estado de inconstitucionalidad; en estos casos se produce una suspensión jurídica, puesto que la norma afectada no es aplicable y queda todo a la espera de la nueva regulación⁸²⁴. El Tribunal Constitucional alemán ha denominado a una norma con efecto diferido de inconstitucionalidad, “ley todavía constitucional”⁸²⁵, pues no la han expulsado inmediatamente del ordenamiento jurídico a fin de evitar agravantes mayores que pongan en una situación de peligro otros principios fundamentales o derechos fundamentales. Las declaraciones de inconstitucionalidad sin declaratoria de nulidad se enmarcan dentro de las hipótesis de una exclusión arbitraria del beneficio, situaciones en las que se reconocen beneficios a ciertos grupos personas y se excluye a otros, en detrimento del principio de igualdad, cuya discriminación normativa es fruto de una omisión legislativa relativa. Entre los casos relevantes de inconstitucionalidad sin nulidad, resultado de omisiones relativas, se encuentran los siguientes⁸²⁶:

⁸²⁴ “Junto a la prohibición de aplicación por parte de los tribunales y de la administración, para el legislador se desprende la ‘obligación de aprobar una regulación que sea constitucional’ (STCF 55, 100/110; 81, 363/384). En este sentido, el legislador debe actuar sin demora, es decir, sin vacilaciones culpables. Para ello no es necesario establecer una fecha concreta (STCF, 100/110). Este sólo es el caso si el TCF establece una indicación temporal concreta en el fallo o en los fundamentos jurídicos de su sentencia (...) Entre los años 1951 y 1992 se han dictado 165 sentencias que declaraban la incompatibilidad de una norma con la Constitución, que han afectado a 13 leyes y 4 reglamentos”: WEBER, Albrecht. “Alemania”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. AJA, Eliseo (ed.), Ariel, Barcelona, 1998, p. 80. Señala este autor que la figura de la declaración de incompatibilidad sin nulidad fue posteriormente codificada en el art. 31.2, de la LTCF.

⁸²⁵ Cfr. “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, en: *Festschrift für Gebhard Müller*, 197, pp. 355 y ss. Citado por SCHLAICH, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, trad. L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1984, p. 199.

⁸²⁶ Los ejemplos que ilustraran la tipología de sentencias de declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad son tomados del salvamento parcial de voto del magistrado Juan Carlos Henao Pérez de la sentencia C-027 de 2012 de la Corte Constitucional colombiana.

1. La Rec. 16, 130 del 22 de mayo de 1963, concerniente a la división de los distritos electorales, “estableció que las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador y vigentes durante varias elecciones se tornaron en inconstitucionales a causa de las modificaciones de población, ya que el diferente tamaño de las circunscripciones confería un valor diferente al voto en cada una de éstas”. En este caso el Tribunal Constitucional “valoró que ante la proximidad de las elecciones se debería proferir una sentencia con efectos diferidos y exhortó al legislador para que adoptara una regulación sobre el tema durante la legislación en curso, pues la declaración de inconstitucionalidad inmediata suponía varios problemas constitucionales”⁸²⁷.

3. "La Rec. 39, 169, en un caso de pensión de viudez se estableció que podría existir una inconstitucionalidad sobreviniente o en vías de ser declarada inconstitucional a la vista del cambio del papel de la mujer en la pareja y en la familia, en relación con el tema de la seguridad social y de la pensión de viudez. En este caso se dijo que la norma sobre la pensión de viudez era constitucional pero que el legislador tenía que adecuar la normatividad a la nueva situación sobre los derechos de la mujer que venían a futuro. Aunque en este caso no se trató específicamente de una sentencia de inconstitucionalidad con efectos diferidos, si se exhortó al legislador para que emitiera una nueva legislación ante la eventualidad de que se presentara una inconstitucionalidad a futuro de la ley”⁸²⁸.

4. En la decisión de junio 11 de 1958, el tribunal revisó la ley del 6 de diciembre de 1951, sobre los sueldos de los funcionarios y las pensiones de jubilación de antiguos miembros de la función pública que fueron incrementados en un 20% con efectos retroactivos. Toda vez que dicho

⁸²⁷ *Ibidem.*

⁸²⁸ *Ibid.*

aumento no comprendió las prestaciones que percibían una categoría de antiguos funcionarios, se constató la violación de derechos fundamentales de los demandantes en queja. El Tribunal buscó diferir la anulación del precepto normativo a fin de evitar un vacío jurídico conducente a privar de base legal el pago de sueldos y pensiones de los funcionarios. De esta manera, el *BVerfG* se limitó a constatar que el legislador federal, al abstenerse de modificar ciertos sueldos y pensiones, había atentado contra un derecho garantizado por el art. 33.5, GG, decisión que tenía como efecto desencadenar la obligación del legislador de adoptar en beneficio del grupo concernido una ley⁸²⁹.

5. La sentencia 381/283 de 1993, relativa a la minería del carbón. El Tribunal Constitucional al constatar la inconstitucionalidad de la regulación legal, no declaró su anulación inmediata, por cuanto esto provocaba “que el pretendido fomento de la producción de energía eléctrica a partir del carbón perdiese su propio fundamento”, en consecuencia, dicha sentencia se limitó a una mera “declaración de incompatibilidad” con la norma constitucional, ordenando la “vigencia transitoria de la norma en cuestión”⁸³⁰.

De lo anterior se puede colegir que en este tipo de sentencias con efectos diferidos de inconstitucionalidad, el juez exhorta al legislador a adoptar en un tiempo determinado el dispositivo legal que sosegue los beneficios de exclusión resultantes de una omisión legislativa, “indicando que la norma declarada inconstitucional sigue siendo aplicable durante [un] plazo”⁸³¹. Este segmento de tiempo ha sido denominado por el tribunal alemán como “bloque de aplicación” en el cual la ley incompatible tiene efectos de

⁸²⁹ Este ejemplo ha sido citado por FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit.*, p. 1025.

⁸³⁰ Ejemplo citado por la Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2012, *op. cit.*

⁸³¹ WEBER, Albrecht. “Alemania”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, AJA, Eliseo (ed.), Ariel, 1998, p. 80.

prolongación para que continúe aplicándose⁸³² hasta tanto no sea expedida la nueva ley. Esta técnica se fundamenta en razones jurídicas (especialmente de certeza del derecho y seguridad jurídica), que exigen que el precepto se mantenga en vigor durante el período transitorio, con lo cual se evita una situación más gravosa que la presente⁸³³.

En segundo lugar, las llamadas (*Appellentscheidung*⁸³⁴), las cuales presentan diversos matices⁸³⁵. Se producen en aquellos casos en que se reconoce que la disposición es todavía constitucional (*nochverfassungsmässig*), pero que si no interviene el legislador la situación se volvería contraria al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia alemana ha distinguido dos casos en este de contexto: normas que se declaran “meramente” inconstitucionales (*bloss verfassungswidrig*) y normas “aún” constitucionales (*noch verfassungsmässig*). Estos dos tipos de sentencias se aplican en aquellos casos en los que se considera que la declaratoria de nulidad puede provocar consecuencias más perjudiciales, es decir una situación menos conforme con la Constitución que la

⁸³² DIAZ REVORIO, *op. cit.*, p. 93.

⁸³³ DIAZ REVORIO, *ibid.*, supra nota 217, cita a W. ZEIDLER. “Cour constitutionnelle Fédérale allemande”, en *La justice constitutionnelle dans le cadre de pouvoirs de l’Etat* (VII conférence des Cours constitutionnelles européennes, Lisbonne, 1987), *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, V. III, 1987, p. 51.

⁸³⁴ “Fue la bien conocida jueza del *BVerfGG* Wiltraut Rup-v. Brünneck quien acuñó por primera vez la expresión *Appellentscheidung*, en un no menos famoso artículo publicado en 1970, en el que se interrogaba acerca de si el *BVerfG* podía apelar al legislador (...) Aducía que en los casi veinte años de jurisprudencia del Tribunal había algunas significativas resoluciones en las que aunque se daba aún por constitucionales ciertas leyes, tras el control en sede constitucional daban, sin embargo, lugar a su derogación por el propio legislador, en cuanto que tales resoluciones dejaban entrever sólidas dudas en contra de la constitucionalidad de la ley. En algunos casos se llegó incluso a predecir que la ley sería declarada nula a causa de su inconstitucionalidad en un determinado momento futuro”: FERNANDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 1013.

⁸³⁵ Existen tres grupos de *Appellentscheidung*: “1. *Appellentscheidungen* con motivo de cambios en la realidad o en la interpretación constitucional; 2. *Appellentscheidungen* con motivo de un mandato al legislador; 3. *Appellentscheidung* con motivo de la falta de evidencia de una vulneración constitucional”: *Ibid.*, p. 1016.

precedente⁸³⁶. En ese sentido, las decisiones realizan una llamada al legislador y, en ocasiones, definen un plazo para que se profiera una nueva regulación normativa, según sus competencias, destinada a la reparación necesaria.

Un ejemplo ilustrativo es el control judicial de la Rec. 49, 89, 132 relativo a las centrales de energía nuclear, en donde el tribunal constitucional estableció que “el legislador está obligado a replantearse si su decisión originaria en favor de la utilización pacífica de la energía nuclear debe mantenerse incluso en circunstancias diferentes”. Esta modalidad de sentencia constituye un llamado de advertencia o de alerta ante una posible inconstitucionalidad.

A la vista de lo que se acaba de revisar, es importante señalar que el Tribunal Constitucional alemán puede tomar, entre otros, ese tipo de resoluciones, por cuanto la ley que lo regula (BVerfGG) le permite adoptar todas las medidas oportunas para asegurar la ejecución de sus sentencias, de modo que dicho Tribunal tiene instrumentos idóneos de intervención para impulsar el iter de decisión legislativo⁸³⁷.

⁸³⁶ Ejemplos de este tipo de sentencias son: la *BVerfGE* 4, 157 sobre la revocación del estatuto de ocupación del Tratado del Sarre; la *BVerfGE* 49, 89 sobre la central nuclear de Kalkar (sent. agosto 8 de 1978) y la *BVerfGE* 56, 54 sobre la contaminación sonora de aviones (sent. enero 14 de 1981); en estos dos últimos casos el desarrollo científico y tecnológico obliga al legislador a la regulación: Cfr. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 229. Según Klaus SCHLAICH “las consecuencias jurídicas de la constatación de la simple inconstitucionalidad no son en general muy claras e incluso, en casos concretos, conducen a incertidumbres, con frecuencia apenas soportables, en lo referente a la situación jurídica transitoria.” SCHLAICH, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, FAVOREU, Louis, (coord.), L. Aguiar de Luque y M.G. Rubio de Casas, trads, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 198, citado por DIAZ REVORIO, Javier, op. cit., p.217.

⁸³⁷ Cfr. VILLAVERDE, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, op. cit., p. 183. A. WEBER señala que por diversos motivos, la justicia constitucional alemana termina asumiendo “la función de compensar o sustituir al legislador. De este hecho son responsables no sólo el frecuente fracaso del legislador y la tendencia de trasladar ante el TCF conflictos irresolubles, sino también causas más profundas. Por un lado, la ampliación de los derechos fundamentales como ‘normas objetivas’, su interpretación como orden objetivo de valores, así como el derivar de algunos derechos deberes de protección por parte del

2.2.1.4.2. Italia: el fortín de las sentencias “*doppia pronuncia*”

En el derecho italiano si bien no se contempla un recurso específico de control de las omisiones legislativas en el ordenamiento jurídico, la *Corte Costituzionale* ha utilizado la técnica de las recomendaciones⁸³⁸, que ha sido empleada frecuentemente en la jurisprudencia y constituye “un poderoso instrumento de intervención de la Corte en la actividad del legislativo bajo la fórmula de las ‘decisiones de transición’ o ‘sentencias condicionales’ en el supuesto de la llamada *doppia pronuncia*”⁸³⁹.

El doble pronunciamiento tiene dos niveles. El primero, compuesto por las denominadas sentencias interpretativas de rechazo, en las que el alto tribunal se limita a exhortar al legislador a intervenir. De esta manera se hace uso de “sentencias de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”⁸⁴⁰, en donde la corte pone de presente la necesidad de adecuar la ley a la Constitución, ante lo cual exhorta al legislador para

Estado provocan una ampliación del control del legislador por parte del TCF.”, *Las tensiones...*, *op. cit.*, p. 84.

⁸³⁸ Podemos remitir a la siguiente bibliografía sugerida por la Corte Constitucional en sentencia C-027 de 2012: DE LA VEGA, Augusto Martín, “Sentencia constitucional en Italia”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 323 a 387. Igualmente el texto de ZAGREBELSKY, Gustavo, “Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce de inconstituzionalità: possibilita e limite”, en: *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989. Igualmente el texto de POLITI, F, “Principio di continuita dell’ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme inconstituzionali: “giusta preoccupazione” o “eccessivo timore” della giurisprudenza costituzionali per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?”, en: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.

⁸³⁹ GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim. “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 43, enero-abril 1995, p. 183; MONTELLA, M. *Tipología delle sentenze della Corte Costituzionale*. Rimini, Maggioli Editore, 1992, p. 62.

⁸⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2012, *op. cit.*, supra nota 212, cita a ROMBOLI, Roberto. “Italia”, en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. AJA, Eliseo (Ed). Barcelona, Ariel, 1998, pp. 112 y ss.

que lo haga y, simultáneamente, le advierte que en el futuro declarará la nulidad de la ley si no se tiene en cuenta la “recomendación”⁸⁴¹. El segundo pronunciamiento⁸⁴² se produce en aquellos casos en los cuales si la inactividad del legislador persiste, una decisión posterior, a través de las sentencias interpretativas de acogimiento o manipulativas, buscará la adecuación de la norma a la Constitución que las haga compatibles a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad, lo cual implicaría su absoluta derogación⁸⁴³.

Las “sentencias manipulativas” adaptan la norma legal acusada de inconstitucional a la Constitución, “salvando” así la vigencia de la ley. Estas sentencias, “tienen como finalidad inmediata restablecer el orden

⁸⁴¹ EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José, *op. cit.* p. 190, *ibid.* Igualmente en www.juridicas.unam.mx (13/08/2013).

⁸⁴² Los dobles pronunciamientos consisten en la advertencia al legislador “de que a no ser que la actividad que de él se solicita se lleve a cabo, cabrá una ulterior sentencia en que se declare la inconstitucionalidad a la que él no pone remedio. Por así decir, se pone plazo a la actividad del legislador; la cuestión sometida al juicio del Tribunal recibe sanción de constitucionalidad entendido que se trata de una conformidad ‘claudicante’, condicionada a que el legislador provea”. AHUMADA RUIZ, María Angeles. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, enero/abril, p. 183. Uno de los primeros ejemplos a los que podemos aludir para caracterizar las sentencias *doppia pronuncia* es la sentencia de la ley de seguridad pública. Sentencias núm. 8, de 20 de junio de 1956 (interpretativa de rechazo), y núm. 26, de 23 de mayo de 1961 (*doppia pronuncia*, interpretativa de acogimiento). La primera de las sentencias declara constitucional el precepto impugnado, interpretando las medidas que puede tomar el Prefecto en el sentido (limitado y vinculado al ordenamiento) que ella misma indica. En la segunda, tras destacar que la ausencia de prescripción alguna en el precepto sobre el respeto a los principios del ordenamiento jurídico ha hecho posible en la realidad una aplicación de la norma contraria a los derechos de los ciudadanos, declara la ilegitimidad del precepto “en el sentido y con los límites indicados en la motivación”, la cual afirma que la ilegitimidad existe sólo en cuanto el artículo atribuye al Prefecto el poder de emitir ordenanzas sin respetar los principios del ordenamiento jurídico. De esta forma, estas dos sentencias interpretan la disposición impugnada en el mismo sentido, pero emiten pronunciamientos diferentes. En realidad, sólo la “rebelión” frente a la sentencia anterior explica que el segundo pronunciamiento sea estimatorio. Entre las dos sentencias mencionadas, y a título de ejemplo, puede mencionarse la sentencia de la Corte de casación núm. 2068, de 16 de junio de 1958, que ignora la interpretación establecida por la Corte constitucional en la primera de ellas -sentencia citada por DIAZ REVORIO, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 101-.

⁸⁴³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, “Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el tribunal constitucional peruano”, en *Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 322. Igualmente en www.juridicas.unam.mx (13/08/2013).

constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley. En ocasiones esta modificación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, bien declarando la nulidad de una o varias palabras, sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, bien eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada. En otras, sin embargo, la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una actividad ablatoria, sino antes al contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual, mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida”⁸⁴⁴.

De otra parte, existe otro tipo de sentencias denominado de “constitucionalidad provisional”⁸⁴⁵. Se trata de aquellos casos en los cuales se aplazan los efectos de inconstitucionalidad de una norma, con lo cual se difiere la propia declaración de inconstitucionalidad de la ley. Del mismo modo los llamados pronunciamientos “monitorios”, que aplazan los efectos de expulsión normativa antes de crear vacíos normativos, o de emitir una sentencia aditiva que vulnere el principio democrático⁸⁴⁶.

Además, la Corte italiana ha elaborado una nueva variante, tan controvertida como original, la “sentencia aditiva de principio”⁸⁴⁷, la cual ha sido muy utilizada frente a las omisiones legislativas relativas, en donde existe una disposición normativa incompleta que no prevé o no incluye lo

⁸⁴⁴ VECINA CIFUENTES, Javier, “Las ‘sentencias aditivas’ del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”, en *Justicia*, Nos. III y IV, 1993, p. 482, citado por *Ibid*.

⁸⁴⁵ MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *op. cit.*, p. 331.

⁸⁴⁶ Sobre el particular ver el texto de Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, . nota 7, p. 330, *ibid*.

⁸⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. “Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionale”, en *Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, u.c; della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, p. 99.

que debería prever de acuerdo con la norma superior (con frecuencia se da por la realización inadecuada del principio de igualdad, al concederse una situación de ventaja o beneficio a determinados grupos o categorías, excluyendo a otros segmentos de la población)⁸⁴⁸.

Las llamadas sentencias aditivas⁸⁴⁹ (sentencias *additive* o *aggiuntive*), consisten en una decisión de estimación parcial, la cual “no se limita a analizar el texto de la disposición o disposiciones para extraer la norma inconstitucional, distinguiéndola de las que son conformes a la Constitución, sino que llega, una vez declarada inconstitucional cierta norma positiva o negativa construida mediante la interpretación, a crear una norma, por adición o por sustitución, de significado opuesta a la declara inválida”⁸⁵⁰. Es frecuente en estos casos que se proceda a la anulación de una o varias palabras, sin las cuales el contenido normativo del enunciado legal cambia⁸⁵¹. Estas sentencias aditivas “incorporan un nuevo elemento al enunciado legal al llevarse a cabo una extensión del contenido normativo del precepto fiscalizado, que pasa a abarcar un

⁸⁴⁸ DIAZ REVORIO, *op. cit.*, p. 102.

⁸⁴⁹ “La justificación de estas sentencias es que propician el despliegue de efectos de las normas constitucionales que queda obstaculizado por la ausencia de leyes. Su principal defensor, Crisafulli, razona que la disciplina nueva que pone la sentencia no procede ‘*dalla fantasia della Corte*’. La corte no crea libremente (como haría el legislador) sino que se limita a individualizar una norma ya implicada en ‘el sistema’ y deducible del mismo. Frente a la simple ‘recomendación del legislador’, la ‘adición’ está dotada de capacidad autoaplicativa”: AHUMADA RUIZ, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵⁰ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. II, prólogo de F. Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 52.

⁸⁵¹ A título ilustrativo ver: las sentencias núm. 168, de 12 de diciembre de 1963; núm. 6, de 19 de enero de 1966; núm. 22, de 28 de febrero de 1967; núm. 190, de 10 de diciembre de 1970; núm. 63 y núm. 64, de 13 de abril de 1972; núm. 107, de 23 de abril de 1974; núm. 27, de 18 de febrero de 1975; núm. 202, de 15 de julio de 1976; núm. 95, de 12 de julio de 1979; núm. 190, de 25 de julio de 1985; núm. 561, de 10 de diciembre de 1987; y, más recientemente, núm. 43, de 10 de febrero de 1997; núm. 110, de 9 de abril de 1997; núm. 192, de 17 de junio de 1997; núm. 311, de 15 de octubre de 1997; núm. 27, de 23 de febrero de 1998; núm. 361, de 14 de octubre de 1998. Cfr. COLAPIETRO, Carlo, *Lesentenze addilive e sostitutive della Corle costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990.

supuesto de hecho no contemplado inicialmente. Se introduce, así, una norma distinta a la que es sometida al control; de ahí que también se hable de sentencia *creative di norme sostitutive*⁸⁵².

Las sentencias aditivas son muy útiles cuando se trata de corregir casos en los que la omisión lesiona el principio de igualdad, discriminando normativamente supuestos de hecho que debían haber sido cubiertos por el mismo tratamiento legal. La corte realiza una doble operación a fin de restablecer el principio de igualdad⁸⁵³. La primera, “demolitoria o ablatoria”, que consiste en derogar la parte del texto legal que excluye a cierto segmento poblacional de determinada regulación normativa. La segunda, de tipo “reconstructiva”, introduce una norma positiva “sustitutiva” en aras de extender el beneficio o la ventaja a los supuestos excluidos, con lo cual se restablece el principio de igualdad transgredido y se llena el vacío legal que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

Un ejemplo ilustrativo es la sentencia n° 497 de 1988 en la cual se revisó una ley de 1974 que fijaba el monto de la subvención ordinaria por desempleo. La corte consideró que dicho monto no permitía asegurar los medios suficientes para satisfacer las necesidades insatisfechas de trabajadores involuntariamente en desempleo, en razón de la depreciación monetaria y, en consecuencia, atentaba contra la Constitución (artículo 38, inciso 2)⁸⁵⁴. La disposición de la ley acusada fue declarada inconstitucional “en la parte donde ella no preveía un mecanismo de indexación del valor

⁸⁵² FERNANDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 1351.

⁸⁵³ EGUIGUREN PRAELI, “Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el tribunal constitucional peruano”, *op. cit.*, p. 329.

⁸⁵⁴ Según los términos del artículo 38, inciso 2 de la Constitución italiana, “[L]os trabajadores tienen derecho a que se prevean y garanticen los medios adecuados para cubrir sus necesidades vitales en caso de accidente de trabajo, enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación involuntaria (...)”.

monetario en cuestión”⁸⁵⁵. Con el fin de preservar el principio democrático, la corte hizo una especie de “exclusión implícita” que se configuraba con la omisión y atentaba contra el principio de igualdad, y, para ello, fijó el criterio adecuado para la determinación del monto, sin entrar a efectuar cálculos de subvención conforme a las exigencias constitucionales⁸⁵⁶.

Con esta técnica no se eliminó la norma legal cuestionada, sino que se transformó su significado al ampliar su alcance; es decir, se extendió su contenido normativo a un supuesto de hecho no previsto, lo cual constituye la introducción en el ordenamiento de una norma diferente a la aprobada por el legislador⁸⁵⁷. Esta clase de sentencias se integran dentro de las denominadas por la doctrina como sentencias “manipulativas”⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ SALERNO, Giulio María, “Una setenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria”, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, t. I, p. 772.

⁸⁵⁶ Cuando se recurre a este tipo de decisiones, la doctrina ha precisado que se deben cumplir con las siguientes condiciones: “1. Cuando el enunciado legal sujeto a control, no debe permitir que se recurra a las denominadas sentencias “interpretativas”, dada la imposibilidad de deducir de su contenido distintas interpretaciones, entre las cuales se podría escoger la adecuada. 2. Cuando la eliminación de la única interpretación derivada de la norma cuestionada, puede crear un vacío jurídico de mayor dimensión que las situaciones inconstitucionales detectadas, resultando demasiado gravosa su expulsión del ordenamiento. Por ello, cuando la eliminación de la norma inconstitucional del ordenamiento no genere una vulneración a otros principios o valores constitucionales, se deberá optar por su derogación. 3. Las sentencias aditivas no deberán utilizarse cuando sean varias las posibles alternativas normativas viables, a fin de completar la “laguna real” que se deriva de la eventual anulación de la ley. Cfr. Francisco José EGUIGUREN PRAELI, “Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el tribunal constitucional peruano”, *op. cit.*, p. 330.

⁸⁵⁷ GUTIERREZ ZARZA, Ma. de los Ángeles, “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 3, 1995, p. 1007.

⁸⁵⁸ Según la Constitución italiana los efectos de las sentencias se limitan al cese de la eficacia de las leyes declaradas inconstitucionales y sólo se reconocen efectos vinculantes a las sentencias estimatorias (art. 136). Sin embargo, la Corte Constitucional desde sus inicios ha proferido sentencias parcialmente estimatorias sobre un mismo objeto que otras anteriores parcialmente desestimatorias, con el fin de vincular a los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional. A este tipo de decisiones se les ha denominado sentencias manipulativas. Cf. PIZZORUSSO, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, vol. I. IEF, Madrid, 1981, pp. 279-296; AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad ...”, *op. cit.*, p. 184. Este mecanismo es criticado por Rubio Llorente, al considerar que “su utilización puede ser aplaudida por quienes ven en él la única vía

2.2.1.4.3. España: un escudo de técnicas de corrección contra las omisiones inconstitucionales

La Constitución española no contempla expresamente que el Tribunal Constitucional tenga competencia de revisar la constitucionalidad de las ausencias normativas; sin embargo, al tenor de los artículos 95, 161 y 163 constitucionales, al tribunal le están asignados los siguientes asuntos: del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con fuerza de ley; del recurso de amparo por violación de derechos y libertades; de la revisión constitucional de tratados internacionales, entre otros.

De conformidad con las anteriores disposiciones, el tribunal constitucional ejerce control sobre las normas con rango y valor de ley y no sobre los silencios normativos; igualmente sucede con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, a pesar de una aparente flexibilización, tampoco hace referencia a la competencia para controlar omisiones legislativas; sin embargo, la posición del tribunal ha sido matizada⁸⁵⁹.

razonablemente rápida para acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos, pero violenta al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional": RUBIO LLORENTE, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 37 y 38.

⁸⁵⁹ En la STC 26/1987, de 27 de febrero, ha llegado a decirse que "(...) declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella "no se regula", supondría efectivamente invadir competencias legislativas. Completar lo regulado por la Ley, y ésta es la conclusión a que se llegaría de estimarse la impugnación, no es función que puede asumir este Tribunal por corresponder al legislador." (FJ. 14). Sin embargo estos pronunciamientos más adelante van a ser matizados. La STC 24/1982, de 13 de mayo, admite la posibilidad de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, y se entiende como aquella que "sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace." (FJ 3). Igualmente la STC 98/1985, de 29 de julio, precisará que "es obvio que no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo, como se ha dicho, que existiese un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente" (FJ 3).

Ver: [http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/758\(10/12/15\)](http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/758(10/12/15)).

Es oportuno precisar que la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 6 de 2007) contempla expresamente la posibilidad del recurso de amparo no solo contra omisiones administrativas (art. 43.1), sino también en contra de omisiones judiciales (art. 44.1)⁸⁶⁰. Al respecto, el letrado Requejo Pagés comenta: “el hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial, no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo, puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la omisión administrativas o judiciales trae en realidad causa de la ley aplicada al caso, supuesto en el que ha de elevarse al Pleno del Tribunal Constitucional una cuestión sobre la constitucionalidad de dicha ley, que será enjuiciada en sentencia antes de la resolución del proceso de amparo” (art. 55.2 LOTC). Advierte entonces que, cabe, en consecuencia, “por esta vía, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas que hayan dado lugar a omisiones administrativas o judiciales lesivas de derechos fundamentales”⁸⁶¹.

De este modo, cuando un derecho fundamental es objeto de obstaculización por la falta de desarrollo legislativo, nada impide su protección a través del recurso de amparo, destinado precisamente como

⁸⁶⁰ Artículo 43.1. “Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”. A su vez el artículo 44.1 prescribe: “Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: (...)”.

⁸⁶¹ REQUEJO PAJES, Juan Luis. “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, *Ponencia para el XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilna, mayo de 2008.

acción de defensa de los derechos fundamentales⁸⁶². Igualmente, los recurrentes en los diferentes procesos constitucionales⁸⁶³ pueden fundar sus pretensiones de inconstitucionalidad cuando se vulneran los derechos fundamentales por omisiones legislativas de carácter relativo, pues “en la experiencia del Tribunal Constitucional español, el objeto de los reproches así fundados, suelen ser actos de aplicación de normas legales a las que

⁸⁶² Son favorables a la procedencia de esta acción AGUIAR, “El Tribunal Constitucional...”, *op. cit.*, p. 29; AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad...”, *op. cit.*, p. 179; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *La inconstitucionalidad por omisión*, *op. cit.*, p. 409; FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, en *REP*, No. 81, junio-septiembre de 1993, p. 69.

⁸⁶³ A título ilustrativo, y con el fin de recordar la legitimidad de los recurrentes al momento de acceder al Tribunal constitucional, existen tres modalidades, a saber: 1. *La interposición del recurso de amparo* cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales causadas por disposiciones, actos u omisiones de los poderes ejecutivo y judicial y legislativo. 2. El *recurso de inconstitucionalidad* o control directo y abstracto de leyes y normas con valor de ley -categoría que comprende los decretos-leyes (legislación gubernamental de urgencia), los decretos legislativos (legislación gubernamental delegada), los tratados internacionales y los Reglamentos de las Cámaras legislativas (art. 27.1 LOTC)—. 3. La *cuestión de inconstitucionalidad*, se trata de un juicio incidental planteado ante el Tribunal Constitucional por los Jueces y Tribunales ordinarios que duden de la constitucionalidad de una norma con valor de ley de cuya validez dependa el fallo del proceso judicial en el que han de aplicarla (art. 163 CE). Por ejemplo, según Ahumada, cuando se produce la vulneración de un derecho constitucional provocada por el vacío de legislación que origina la omisión, puede el juez ordinario reconocerla y plantear la cuestión de inconstitucionalidad (AHUMADA RUIZ, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativa”, *op. cit.*, p. 179). Sin embargo, la opción no aparece muy clara por cuanto el art. 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regula la cuestión de inconstitucionalidad, establece la existencia de “una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, que el juez o tribunal ordinario estima que puede ser contraria al estatuto superior. Pese a lo anterior, Aguiar de Luque estima su procedencia “siempre que exista una norma anterior, con rango de Ley y de cuya validez dependa el fallo, que, a falta de desarrollo del legislador postconstitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión (piénsese en un hipotético proceso acerca de un problema de paternidad antes de Ley 13-V-81 que abrió la posibilidad de investigar la paternidad, en desarrollo del artículo 39.2 de la Constitución)” (AGUIAR, L. “El Tribunal Constitucional ...”, *op. cit.*, p. 26). Por lo anterior, en nuestro sentir, no parece pertinente en el ordenamiento español el planteamiento de la cuestión de inconstitucional ante la presencia de una omisión absoluta del legislador, pero nada impide que la justicia ordinaria sí pueda hacerlo al presentarse un caso de omisión parcial, especialmente por vulneración del principio de igualdad o exclusión arbitraria de beneficio que vulnera derechos fundamentales.

se imputa una infracción del principio de igualdad o la lesión de derechos fundamentales”⁸⁶⁴.

Vale precisar que para el Tribunal Constitucional, la omisión legislativa inconstitucional es sólo aquella que se produce “cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”⁸⁶⁵ y, en aras de constatar este fenómeno, el Tribunal, en primer lugar, acredita la necesidad de normas legales de desarrollo de la Constitución; en segundo lugar, identifica la existencia de tales normas; y, en tercer lugar, constata la realidad de un mandato de legislación desatendido⁸⁶⁶.

Existe distintas modalidades para contrarrestar las omisiones legislativas mediante las cuales el Tribunal Constitucional examina sin resolver sobre su constitucionalidad, solo en aras de mejorar la calidad de la ley, sin ser sentencias apelativas al estilo alemán, sino juicios de perfección o de completitud legislativa. Un ejemplo de esto es el fallo del 16 de diciembre de 1991⁸⁶⁷:

“[P]ara coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados, a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la

⁸⁶⁴ REQUEJO PAJES, Juan Luis. “Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, *op. cit.*

⁸⁶⁵ STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3.

⁸⁶⁶ *Ibidem.*

⁸⁶⁷ STC 245/1991.

alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen”. (F.J. 5).

Al respecto, según Requejo Pagés “no son éstas, por tanto, llamadas al legislador para la reparación de una situación normativa inaceptable, sino sólo para la perfección de un régimen constitucionalmente conforme pero mejorable”.

Otro ejemplo a destacar es la decisión del 29 de julio de 1986⁸⁶⁸, en la cual el Tribunal Constitucional recomendó el cambio de una norma ante el posible riesgo de una eventual inconstitucionalidad de la misma, no obstante, precisó que esa advertencia no compromete por sí sola la validez de la ley:

“La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución” (F.J. 13).

La discusión se presenta frente a omisiones legislativas que resultan de los juicios en los que se declara una norma contraria a la Constitución, pues “el instrumentario [brindado] al Tribunal Constitucional para la administración de los efectos de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad, es muy limitado cuando de la ley se trata⁸⁶⁹. [Así

⁸⁶⁸ STC 108/1986.

⁸⁶⁹ No así en el caso de la inconstitucionalidad de actos, disposiciones infralegales u omisiones de autoridades administrativas y judiciales infractores de derechos fundamentales, pues el art. 55.1 LOTC permite que la Sentencia estimatoria de un recurso de amparo, además de reconocer formalmente el derecho o libertad lesionados, declare la nulidad del acto o disposición infractores y restablezca al recurrente en la

pues], el art. 39.1 [Superior], se limita a disponer que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal implicará su nulidad”⁸⁷⁰.

A pesar de que no existe en España una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, la justicia constitucional ha atenuado esta situación al emitir decisiones que declaran infracciones a la Constitución por omisión, constituyendo una zona intermedia entre los fallos declarativos de inconstitucionalidad y los declarativos de conformidad constitucional, es decir, que a parte del binomio inconstitucionalidad/nulidad, es posible identificar los siguientes tipos de decisiones ubicados en esa zona intermedia:

(i) Las *decisiones interpretativas*, las cuales acudiendo a la interpretación del enunciado normativo demandado, corrigen las inconstitucionalidades por defecto o aparentes exclusiones tácitas, sin emitir, en realidad, un juicio de nulidad⁸⁷¹. Estas decisiones se caracterizan por cumplir un rol de perfeccionamiento y de depuración de las diversas interpretaciones posibles de un texto normativo frente al orden constitucional⁸⁷²; al definir

integridad del disfrute de su derecho “con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

⁸⁷⁰ REQUEJO PAJES, *op. cit.*

⁸⁷¹ Es oportuno señalar que el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los Jueces y Tribunales interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos “según los preceptos y principios, conforme a la *interpretación* de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional *en todo tipo de procesos.*” (se hace énfasis). Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, 1982, p. 52 y ss.

⁸⁷² Dentro de las sentencias interpretativas es posible distinguir dos tipos de decisiones: a) *sentencias parcialmente desestimatorias*: son aquellas que niegan la declaración de inconstitucionalidad de una norma, siempre y cuando sea interpretada en el sentido que se determina en la sentencia. En España el Tribunal Constitucional ha acudido a este mecanismo en diversas oportunidades, por ejemplo: SSTC de abril 8 de 1981; de abril 29 de 1981; de noviembre 19 de 1981; 5/1982, de febrero 8; 10/1982, de marzo 23; 69/1982, de noviembre 23; 72/1983, de julio 29; 87/1985, de julio 16; 178/1985, de diciembre 19; 29/1986, de febrero 20; 63/1986, de mayo 21; 108/1986, de julio 29).

cuál es la interpretación correcta, excluyen aquellas que no se consideran conformes a la norma suprema, cuya interpretación vincula al legislador, lo cual no deja de ser polémico⁸⁷³; sin embargo, es una práctica habitual en Alemania e Italia⁸⁷⁴.

(ii) Las *decisiones adjuntivas y reorientadoras* del enunciado legal, que reparan la infracción constitucional causada por un silencio legislativo, y se procede a anular la norma sólo parcialmente incluyente; es el caso del fallo de noviembre 22 de 1983⁸⁷⁵, que vinculando a las viudas como

b) *Sentencias parcialmente estimatorias*: son aquellas en las que se declara la inconstitucionalidad de una norma entendida en determinado sentido. El Tribunal Constitucional español ha acudido a este tipo de sentencia bajo la fórmula: “Que es inconstitucional la disposición (...) interpretada como norma que ...”

⁸⁷³ El Tribunal Constitucional español ha afirmado: “Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución.” STC de 13 de febrero de 1981, reiterada en la STC 77/1985, de junio 27.

⁸⁷⁴ Rubio LLorente señala que el empleo de la técnica de las sentencias interpretativas no siempre es posible para dar respuesta a los problemas que este plantea. “Así sucede, por ejemplo, cuando la inconstitucionalidad del precepto no resulta de lo que dice, sino de lo que no dice (inconstitucionalidad por omisión), o se origina sólo cuando se integra con ciertas normas, pero no en relación con otras. En situaciones de esta naturaleza, cuya variedad hace imposible la reducción a esquema, no cabe excluir una interpretación, una norma, sino es anulando un precepto *in toto*, lo que puede originar, a su vez, no sólo otras situaciones de cuestionable licitud constitucional, sino perjuicios inmediatos para todos aquellos a los que el precepto en cuestión otorgaba derechos, como frecuentemente ocurre con la regulación de prestaciones de las que tácitamente se excluye a sectores o clases que, por exigencias del principio de igualdad, deberían también beneficiarse de ellas. Para hacer frente a este género de problemas, los Tribunales Constitucionales europeos se han visto obligados, en consecuencia, a acudir a otros medios: el de la inconstitucionalidad sin nulidad y el de la manipulación normativa.” RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁷⁵ STC 103/1983

beneficiarias de determinada prestación pública, produjo el efecto de incluir a los viudos, indebidamente excluidos por omisión.

(iii) *Las recomendaciones al legislador.* La doctrina advierte que el tribunal tiene limitadas posibilidades para fijar el contenido de sus fallos de conformidad con los arts. 39, 55, 66 y 75 de la Ley Orgánica 2/1979, a diferencia de Italia o Alemania⁸⁷⁶; sin embargo, se han presentado casos en los cuales en los fundamentos jurídicos de las sentencias se han realizado este tipo de recomendaciones⁸⁷⁷. La técnica de las recomendaciones ha sido aplicada en casos de omisiones absolutas, ante las cuales se ha considerado que el problema solamente puede ser definitivamente superado a través de la *interpositio legislatoris*.

(iv) *Las decisiones aditivas o integradoras*⁸⁷⁸. El Tribunal Constitucional ha empleado este tipo de técnicas en los fallos de 22 y 23 noviembre de 1983⁸⁷⁹, mediante los cuales se extendió el derecho a una pensión de viudez a los varones, siendo que la norma impugnada solamente lo concedía a las mujeres⁸⁸⁰. En otro caso, el tribunal empleó la técnica de

⁸⁷⁶ VILLAVERDE, *La inconstitucionalidad, op. cit.*, p. 183.

⁸⁷⁷ STC 6/1983, 83/1984, 53/1985, 108/1986, 45/1989.

⁸⁷⁸ Las siguientes son las decisiones más relevantes de aplicación de la técnica de sentencias aditivas en los procesos de inconstitucionalidad. SSTC: 103/1983, de 22 de noviembre; 104/1983, de 23 de noviembre; 29/1986, de 20 de febrero (recurso de inconstitucionalidad); 116/1987, de 7 de julio (cuestión de inconstitucionalidad); 48/1988, de 22 de marzo [recursos de inconstitucionalidad; los apartados 1 \.b), y 2 \.b) del fallo, son aditivos en relación con el F.J. 18]; 154/1989, de 5 de octubre (recurso de inconstitucionalidad); 142/1990, de 20 de septiembre (cuestión de inconstitucionalidad); 222/1992, de 11 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad); 3/1993, de 14 de enero (cuestión de inconstitucionalidad); 134/1996, de 22 de julio (recurso de inconstitucionalidad); 73/1997, de 11 de abril (recurso de inconstitucionalidad); 40/1998, de 19 de febrero (recurso de inconstitucionalidad).

⁸⁷⁹ STC 103/1983 y STC 14/1983.

⁸⁸⁰ La decisión fue controvertida al interior del Tribunal Constitucional, de allí que se produjo el voto particular del Magistrado Arozamena Sierra, al que se adhirió el Magistrado Pera Verdaguer, en el cual se manifiesta que el tribunal hace una "innovación por la vía de la sentencia en el derecho de la Seguridad Social". De igual manera, el

sentencia aditiva frente a una omisión absoluta del legislador, relacionado con la objeción de conciencia, se trata del fallo del 23 de abril de 1982⁸⁸¹, mediante el cual se protegió el derecho del objetor de conciencia para negarse provisionalmente a su incorporación al servicio militar obligatorio, mientras el legislador regulara la materia. A este respecto dijo el tribunal:

“Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que en el caso presente habría que identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella. (...) Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplaze hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor”⁸⁸².

Como el silencio absoluto del legislador impedía que el derecho fundamental del objetor de conciencia sea efectivamente protegido, era preciso deducir del contenido mínimo del derecho una garantía que frenaba su vulneración: el aplazamiento provisional de la incorporación a filas de los objetores al servicio militar obligatorio, hasta que el legislador regulara la materia, que vendría a constituir la norma aditiva.

Magistrado Rubio Llorente expresó en su voto particular que “esta supresión es una medida de política legislativa cuya oportunidad y forma sólo el legislador ha de determinar ...”

⁸⁸¹ STC 15/1982.

⁸⁸² F. J. 8º. El referido derecho se encuentra consagrado en el art. 30.2 de la C. E.: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.” Aquí reside el mandato al legislador para regular dicho derecho.

(v) *Las decisiones de inconstitucionalidad prospectiva*⁸⁸³. Se trata de la constatación de la inconstitucionalidad de una ley por omisión relativa, sin que la consecuencia sea la nulidad inmediata de la misma, teniendo en cuenta los graves perjuicios que podrían acarrear de una declaración anulatoria inmediata de la norma censurable. Se ha considerado que en estos casos son procedentes tanto las sentencias aditivas como las sentencias en las que se constata la inconstitucionalidad de la ley, pero se mantiene la disposición acusada en el ordenamiento por un determinado lapso de tiempo, es decir, que si bien se debe ejercer el control de constitucionalidad, su anulación tendrá ocasión en un momento posterior (anulación diferida o prospectiva)⁸⁸⁴. Ejemplos de la utilización de este tipo de técnicas son las sentencias 45 de 1989, 13 de 1992, 195 de 1998 y 209 de 1999.

Al respecto, es oportuno destacar la sentencia 195 de 1998 en materia ambiental⁸⁸⁵, en donde el tribunal declaró la inconstitucionalidad de una

⁸⁸³ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, AJA, Eliseo (ed), Ariel, Barcelona, 1998, pp. 193 y ss. Sobre el término de "inconstitucionalidad prospectiva" ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989, p. 5-18.

⁸⁸⁴ Cfr. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003. Sobre la idea de la diferenciación entre inconstitucionalidad y nulidad, este autor propuso la reforma de los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la determinación de los efectos diferidos o prospectivos de sus fallos (p. 328). Sin embargo, la propuesta no fue acogida en la reforma de 2007. Sobre el debate en España del alcance espacial y temporal de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, ver: RUBIO LLORENTE, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", en *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 463 a 504.

⁸⁸⁵ STC 195/1998. Se declaró inconstitucional la ley, por medio de la cual se estableció la Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja, ya que debió ser tramitada por la Comunidad Autónoma de Cantabria. Se afirma que una declaración inmediata de inconstitucionalidad "podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia". Ver: <http://www.boe.es/boe/dias/1998/10/30/pdfs/T00061-00066.pdf>.

ley expedida por el Estado central, pero provisionalmente se conservó su vigencia hasta que la Comunidad Autónoma legislara sobre este tema⁸⁸⁶.

(vi) Finalmente, las sentencias de *inconstitucionalidad parcial*, las cuales coexisten entre los tipos extremos de declaración de inconstitucionalidad y nulidad o declaración de conformidad con la Constitución. Este tipo de fallos declaran la inconstitucionalidad de una parte del precepto legal, generalmente cuando se presenta una violación del principio de igualdad por omisión legislativa. Si bien es posible acudir a la técnica de la sentencia aditiva, es decir, interpretar extensivamente la norma de tal manera que se incluyan los supuestos inconstitucionalmente discriminados, también puede suceder que esto no sea posible, toda vez que el principio de igualdad no conlleva un tratamiento igual, sino que se encuentre justificado y sea razonable un tratamiento diferenciado. “Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción (*‘singularia non sunt extendenda’*)”⁸⁸⁷. En estos casos se impone la nulidad en orden a proteger el principio de igualdad. Esta técnica jurisprudencial de origen alemán⁸⁸⁸ fue empleada en el caso de la regulación de los

⁸⁸⁶ Subraya el Tribunal Constitucional que la obligación internacional de proteger las referidas marismas no solamente es una obligación estatal, sino también internacional, puesto que “se trata, además, de intereses y perjuicios que trascienden el plano nacional, como lo demuestra el contenido de la Sentencia, de 2 de agosto de 1993, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial y no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de dicha zona”.

⁸⁸⁷ AHUMADA, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁸⁸ Al respecto el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado: “Si una ley, favoreciendo a determinados grupos de personas, viola el art. 3 GG (referido al principio de igualdad), el Tribunal Constitucional puede declarar nula la norma que crea el privilegio o establecer que la falta de consideración de determinados grupos –esto es, la omisión del legislador- es (meramente) inconstitucional. En cualquiera de los dos casos el legislador puede sopesar en qué modo atender al principio de igualdad al disponer la nueva regulación. Al contrario, una decisión que declare nula una parte de la disposición es admisible sólo cuando el *BverfG* pueda suponer con certeza que el legislador habría optado, en observancia del art. 3 GG, por el texto que resta en vigor, es decir, habría extendido la ley, sin modificaciones, a todos los grupos que hubiera debido tener

derechos del personal de las fuerzas armadas⁸⁸⁹, no sin controversia a su interior⁸⁹⁰.

Es importante mencionar un recurso de amparo⁸⁹¹ en el cual el Tribunal Constitucional advirtió que la legislación de ese entonces sobre la televisión por cable podía ser contraria a la Constitución puesto que no existía reglamentación de ese modelo de teledifusión. Posteriormente⁸⁹²,

presentes según el art. 3 GG". Cfr. *BverfG* 8, 28. Versión de M. A. AHUMADA, *op. cit.*, pp.187 y 188.

⁸⁸⁹ En la STC 116/1987, de julio 7 se decidió: "Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia: 1º Declarar que el art. 1 de la Ley 37/1984 de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional y por tanto nulo, en cuanto excluye del ámbito de aplicación del Tit. I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936. 2º Declarar que el art. 4 de la Ley 37/1984 de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional y, por tanto nulo en cuanto incluye en el ámbito de aplicación del Tit. II de la misma a los militares profesionales mencionados en el número anterior. 3º Desestimar la cuestión en todo lo demás."

⁸⁹⁰ Los Magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo expresaron voto particular a la decisión: "Es verdad que en algunos casos relacionados con el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución y con problemas de discriminación el Tribunal ha realizado lo que los italianos llaman una 'sentencia manipulativa', mediante la nulidad parcial de la disposición, anulando de ella un inciso o una palabra, pero esto se ha hecho utilizando precisamente esa técnica y con referencia, además, a las discriminaciones típicas del artículo 14. En el caso presente, la técnica sólo aparentemente se quiere repetir. En el apartado 1º del fallo se declara parcialmente nulo un artículo de la ley porque ha excluido de su ámbito de aplicación a una categoría de sujetos. De suerte que no hay en rigor nulidad de ningún inciso o de ninguna parte de la disposición legal. Lo que se produce es un reajuste dentro del texto legal, que, a nuestro juicio, el proceso de inconstitucionalidad no permite."

⁸⁹¹ STC 189 del 3 de octubre de 1991.

⁸⁹² STC de enero 31 de 1994. En el F.J. 7º consideró: "[L]os principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) los cuales son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la misma Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 9º; 254/1993, fundamento jurídico 6º). Ciertamente es que cuando se opera con la *interpositio legislatoris* es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8º; 254/1993, fundamento jurídico 6º), pero de ahí, que no pueda deducirse, que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo, no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal

el mismo tribunal expresó su inconformidad de que el legislador postergara de manera indeterminada la reglamentación de una actividad que, como la de la televisión local por cable, ponía en tela de juicio el ejercicio real y efectivo de los derechos fundamentales a la libre expresión y comunicación. Ante esa ausencia legislativa, se admitió el recurso de amparo mediante la protección del *contenido mínimo* del derecho fundamental⁸⁹³.

De lo anterior, se observa que en el ámbito jurisprudencial se viene desarrollando un importante y significativo avance respecto a las técnicas jurídico constitucionales para enfrentar el fenómeno de la omisión legislativa. Lo relevante de este proceso es que no ha sido obstáculo, en la mayoría de los casos, la inexistencia de una cláusula constitucional expresa que reconozca dicho fenómeno y una asignación igualmente expresa de competencia de control al guardián de la Constitución. Por otra parte, paradójicamente en aquellos países que cuentan con garantías normativas frente a la inconstitucionalidad por omisión, al parecer los

Constitucional a través del recurso de amparo. El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental. En efecto, la escasa ordenación del régimen concesional en atención al soporte tecnológico empleado para la emisión, y la ilegalidad sobrevenida por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, supuso para una actividad que con anterioridad había recibido alguna cobertura jurídica por parte de la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y 13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987), la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen, constituyendo así, un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación” (énfasis nuestro).

⁸⁹³ Sobre esta decisión, ver: Marcos GÓMEZ PUENTE, “Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la Televisión”, en *Revista española de derecho administrativo*, No. 84, 1994, pp. 629- 651. SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. “Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 41, 1994, p. 173.

resultados no son muy alentadores, esto derivado de la limitada eficacia que se le ha brindado a las técnicas analizadas anteriormente.

Luego de haber relacionado, sin ninguna pretensión de exhaustividad, algunas técnicas correctivas de omisiones legislativas en el derecho comparado de origen constitucional, legal, local y jurisprudencial, se procede a analizar los mecanismos orgánico-procesales adoptados y aplicados en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.3.Un repertorio de técnicas adoptadas por la jurisdicción constitucional colombiana: alcances y límites

El propósito es revisar el repertorio de técnicas de corrección orgánico-procedimentales de prosapia jurisprudencial que la Corte Constitucional ha empleado para enfrentar las omisiones del legislador, y analizar su alcance y sus limitaciones. En este orden, se estudiará, (2.3.1) las técnicas de corrección orgánico-procedimental en sede abstracta y (2.3.2) en sede concreta.

2.3.1. Mecanismos de corrección orgánico-procedimentales en sede abstracta y su aplicación

Este tipo de técnicas de origen jurisprudencial son en realidad un tema complejo y nada pacífico, ya que tiene que ver con la naturaleza misma de las decisiones que emiten los tribunales constitucionales, las cuales varían según el ordenamiento en que se producen. No obstante, es posible distinguir dos grandes bloques de sentencias constitucionales⁸⁹⁴: el

⁸⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II. BAZAN, Víctor(coord..). Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 1329-1330. Este autor advierte que el concepto de la jurisdicción constitucional abarca: i) un elemento formal, se trata de un órgano independiente que actúa sometido al derecho y sus decisiones se basan en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción; ii) un elemento material, consiste en el ejercicio de competencias relativas a los procesos constitucionales que tratan sobre cuestiones básicas del poder público.

primero, conformado por sentencias denominadas *típicas*⁸⁹⁵, las cuales constituyen la expresión clásica de la justicia constitucional, según la cual se declara conforme o no a la carta fundamental una determinada disposición normativa, ya sea, en forma total o parcial, cuyos efectos son *erga omnes* y vinculantes para todos los poderes públicos, pues hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Y el segundo, conformado por las sentencias denominadas *atípicas*, se trata de aquellas que superan los márgenes estrictos de la justicia constitucional, es decir, “constituyen diferentes formas de buscar la solución más justa, adecuada y adaptada al contexto y condiciones en que la sentencia debe operar”⁸⁹⁶.

En relación con el fenómeno de la omisión legislativa, en las últimas décadas, diversos tribunales constitucionales contemporáneos de occidente han ideado una diversidad de instrumentos o mecanismos de control constitucional, más allá de las sentencias declarativas, cuyo fin es preservar el carácter incólume de la Constitución, es decir, establecer un remedio ante la ausencia de eficacia en la normativa superior, derivada de la conducta del órgano legislativo omitente.

En el derecho colombiano, la Corte Constitucional, quien ostenta la competencia de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución, practica un control abstracto y objetivo de constitucionalidad de la ley a través de un ejercicio de compatibilidad entre una norma legal y

⁸⁹⁵ Fernández Rodríguez utiliza la expresión “típico” para “referirse a aquellas sentencias cuyos rasgos básicos responden a la configuración clásica de un tribunal constitucional. Pensemos en el control de constitucionalidad de la ley. Cuando este alto tribunal analiza la compatibilidad entre la Constitución y la ley, sólo parecen imaginables, en principio, dos formas de solucionar este tipo de controversias: o le da la razón a los que acuden a él y, por lo tanto, estima su pretensión de declaración de inconstitucionalidad, o rechaza activamente lo solicitado por los legitimados y, entonces, desestima la declaración de inconstitucionalidad”: FERNANDEZ RODRÍGUEZ, José. “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, *op. cit.*, p. 1331.

⁸⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, Porrúa, México, 2004, p. 280.

el texto constitucional, tanto por vicios de procedimiento como por su contenido material, es decir que una ley puede ser formalmente constitucional y sustancialmente inconstitucional -y viceversa-. Existe, entonces, un vínculo estrecho entre la sentencia de inconstitucionalidad y la sentencia de constitucionalidad -desestimatorio/estimatorio-, ya que la denegación de las pretensiones de la acción pública de inconstitucionalidad conlleva a que se declare la constitucionalidad de la norma demandada y la admisión de las pretensiones de la acción de constitucionalidad conduce a declarar los preceptos impugnados inconstitucionales (esta doble faz en el control está prevista en el artículo 241 Superior y en el Decreto 2067 de 1991).

No obstante, a parte de este tipo de sentencias clásicas o conocidas como “típicas”, frente al instituto de la omisión y especialmente de la omisión de ley u omisión relativa, las decisiones que ha adoptado la Corte constitucional no solo se han movido en el péndulo de estimación/desestimación, lo cual hace un legislador negativo⁸⁹⁷, sino que, a fin de reparar las discriminaciones normativas, ha distinguido una tipología variada de sentencias decisorias. Para efectos de este trabajo, el estudio se circunscribirá a cuatro tipos de fallos que tienen mayor relación con el problema de la corrección de las omisiones legislativas: (i) las sentencias de exhortación o constatadoras de omisiones legislativas; (ii)

⁸⁹⁷ En cuanto al movimiento de este péndulo por parte del Tribunal constitucional, Eduardo García de Enterría afirma lo siguiente: “La consecuencia de esta construcción enormemente sutil es que el tribunal constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del poder judicial, puesto que no aplica normas previas a hechos concretos, sino que en cuanto que limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles, es un órgano legislativo, un órgano que abroga leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales, fuerza *erga omnes* que tiene pues, una naturaleza puramente legislativa. Es en consecuencia, el tribunal constitucional un legislador, solo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo, dice *kelsen*. El poder legislativo se ha escindido en dos: El legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo, que elimina aquellas leyes que no son compatibles con la norma superior constitucional”: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.*, pp.132-133.

las sentencias interpretativas o condicionadas; (iii) las sentencias integradoras o aditivas; (iv) y las sentencias de exequibilidad diferida o de inconstitucionalidad sin nulidad.

A partir de la clasificación aquí adoptada, el tribunal constitucional, en función del grado de afectación de los derechos fundamentales con una discriminación normativa, decide bien sea: (i) exhortar al legislador a expedir una ley; (ii) declarar exequible una ley con la condición que sea interpretada en estricto sentido; (iii) integrar al dispositivo demandado un segmento fáctico, principio o valor constitucional; (iv) imprimir excepcionalmente efectos retroactivos o que los efectos de la inexequibilidad sean diferidos a partir de una determinada fecha⁸⁹⁸.

2.3.1.1. Sentencias de exhortación o declaración de omisiones legislativas

La práctica constitucional ha producido este tipo de sentencias con el único objeto de declarar inconstitucional una omisión legislativa y hacer una mera exhortación. El juez constitucional no hace intromisiones sobre las consecuencias desprendidas de la verificación, se trata básicamente de una revelación de la inconstitucionalidad. En efecto, en una decisión comentada anteriormente de octubre 27 de 1994⁸⁹⁹, relativa a la huelga en

⁸⁹⁸ Para esta clasificación y sus finalidades se puede consultar autores que han profundizado sobre los efectos temporales de las sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano: JULIO ESTRADA, Alexei, *Las Ramas Ejecutiva y Judicial del poder público en la Constitución*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; SOLANO GONZÁLEZ, Édgar. “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: Bases crítica para una discusión*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 566; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, en *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, pp. 573 – 602; MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. “Tipos de sentencia en el control de constitucionalidad de las leyes”, en *Revista de Socio Jurídicos*, Vol. 2. No. 1, 2000, pp. 9 – 32

⁸⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-473 de octubre 27 de 1994.

los servicios públicos esenciales, la Corte estimó que es necesario que el Congreso en un plazo razonable expidiera una regulación en este asunto de conformidad con la Constitución. En otro caso, en decisión del 29 de abril de 1997⁹⁰⁰ se realizó un examen de constitucionalidad de una disposición (artículo 233 del decreto 1333 de 1986), que permitía a los municipios imponer impuestos a la explotación de arena, cascajo y piedra del lecho de los ríos⁹⁰¹. El demandante consideró que la explotación de los recursos naturales no renovables solamente puede dar lugar al pago de regalías en favor de la Nación, lo cual excluye la aplicación de impuestos municipales por tales actividades y que la Ley 141 de 1994 es la norma que regula el derecho del Estado a recibir regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables y que determina su liquidación y distribución. En consecuencia, a consideración del censor, tal norma no contenía una disposición especial que permitiera a los municipios establecer impuestos sobre la explotación de los recursos naturales no renovables⁹⁰². Ante esta problemática, la Corte constató que el contenido normativo de la disposición acusada era inconstitucional, ya que se estaba incumpliendo en relación con tales recursos no renovables con el deber constitucional de imponer el pago de regalías (artículo 360 Superior), por lo cual la exclusión normativa de estos recursos configuraba una omisión legislativa relativa. La Corte exhortó al legislador para que en un plazo de

⁹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-221 de abril 29 de 1997.

⁹⁰¹ Artículo 233º: “Los Concejos Municipales y el Distrito Especial de Bogotá, pueden crear los siguientes *impuestos*, organizar su cobro y darles el destino que juzguen más conveniente para atender a los servicios municipales: a) Impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo y el aprovechamiento legítimos de las minas y de las aguas. b) Impuesto de delineación en los casos de construcción de nuevos edificios o de refacción de los existentes. c) Impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas”.

⁹⁰² Artículo 18: “Regalías aplicables a otros minerales. Los recursos naturales no renovables que no estuvieren sometidos a regalías o impuestos específicos en razón de su explotación, con antelación a la vigencia de esta Ley, las pagarán a la tasa del tres por ciento (3%) sobre el valor bruto de la producción en boca o borde de mina, según corresponda”.

cinco (5) años expidiera dicho régimen y, en consecuencia, interrumpió los efectos de la inconstitucionalidad de manera temporal⁹⁰³. Exhortación fue atendida recientemente con la Ley 1530 de 2012, que trata sobre el funcionamiento del sistema general de regalías.

Así, ante la presencia de una omisión legislativa relativa, el juez constitucional ha acudido a esta técnica criticada⁹⁰⁴, consistente en declarar la existencia del vicio inconstitucional y exhortar al legislador para que, en ejercicio legítimo de su libertad de configuración normativa, proceda a remediar lo antes posible el vacío normativo.

⁹⁰³ La Corte decidió: “exhortar al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 360 de la Constitución, y con la libertad democrática que le es propia, defina en un plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no está sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional. Expedida durante este término la correspondiente norma legal, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será inexecutable, en caso de no haber sido derogado por la ley. Cuarto. Una vez expirado el término señalado de cinco años, y en caso de que el Congreso no haya establecido el correspondiente régimen de regalías para la extracción de arena, cascajo y la piedra del lecho de los ríos, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de la arena, las piedras y el cascajo de los ríos queda sometida al régimen general de regalías definido por el artículo 18 de la ley 141 de 1994”.

⁹⁰⁴ Díaz Revorio establece en este tipo de sentencias algunas variantes: (i) aquellas que tienen como finalidad evitar la confusión a nivel de la política constitucional; (ii) las que declaran que una situación jurídica es todavía aceptable constitucionalmente, pero añaden una apelación al legislador para que realice una nueva regulación; (iii) las que consideran que una regla legislativa es todavía aceptable, pero afirman claramente que la Constitución exige su modificación. Se critica que estas decisiones no declaran la inconstitucionalidad sino que incorporan cuestiones controversiales como los plazos razonables, por lo cual dicho autor pregunta en qué medida el legislador se considera obligado y si dicha obligación deriva de la Constitución y si no existe un plazo concreto, “su cumplimiento parece quedar, al menos en principio, en manos del legislador”. Igualmente, en aquellos casos en los cuales se señala un “plazo razonable” al legislador, de dónde se deriva su necesidad, quién puede apreciarlo y qué competencia tiene el Tribunal para preciarlo. Cfr. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *op. cit.*, p. 88 a 98. Al respecto, Sarmiento Erazo manifiesta que “este tipo de plazos son efectivamente inocuos, pues jurídicamente la Corte no cuenta con un mecanismo adecuado que procure hacer valer la exhortación sentenciada”. SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. *La falla del servicio legislativo. Hacia la construcción de un régimen especial de responsabilidad*, Tesis de Maestría en Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, p. 213.

2.3.1.2. Sentencias interpretativas o condicionadas en sentido estricto

Las sentencias interpretativas o condicionadas⁹⁰⁵, como su nombre lo indica, condicionan bajo ciertos criterios⁹⁰⁶ la exequibilidad de una norma de carácter legal “cuando la invalidez no sea manifiesta e inequívoca, caso en que la duda debe favorecer su preservación [y] cuando entre interpretaciones plausibles y alternativas exista alguna que permita compatibilizarla con la Constitución”⁹⁰⁷. El primer supuesto obedece al principio de conservación del derecho⁹⁰⁸ y el segundo a la interpretación

⁹⁰⁵ La modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas es una práctica muy antigua en Colombia que data de 1912, realizada en ese entonces por la Corte Suprema de Justicia como guardiana de la Constitución; “se encuentra una marcada tendencia a *condicionar* los fallos relativos al derecho de propiedad, la libertad de información, las normas atinentes al procedimiento penal y a las competencias de los funcionarios públicos, así como en cuanto a los requisitos para realizar la elección de alcaldes y los asuntos tributarios en general, entre otros” ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela, *La modulación de sentencias y el poder normativo de la Corte Constitucional colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 95-96; cfr. SOLANO, Edgar, “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*, Eduardo Montealegre y Manuel José Cepeda (dirs), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 531.

⁹⁰⁶ La utilización de esta clase de sentencias interpretativas puede tener las siguientes variables: “i) Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecuan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la disposición legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios; ii) si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico (...); iii) si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente”: SOLANO, Edgar, *Ibid.*, pp. 536-537. Ejemplos de sentencias que han delineado el precedente constitucional en esta materia son: C-496 de 1994, C-109 de 1995, C- 690 de 1996, C-488 de 2000, C-557 de 2001 y C-128 de 2002.

⁹⁰⁷ BRUST, Léo, *La sentencia constitucional en Brasil*, Universidad de Salamanca, 2011, p. 403.

⁹⁰⁸ La Corte Constitucional en decisión de marzo 7 de 1996 (C-100) manifestó: “uno de los criterios que debe orientar sus decisiones el llamado ‘Principio de la conservación del derecho’, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático”. Y advierte la Corte: “no puede excluir una norma legal del ordenamiento

de la ley conforme a la Constitución⁹⁰⁹, cuya base de legitimidad es la supremacía de la Constitución y exige que todas las normas jurídicas sean interpretadas de conformidad con esta norma.

Este tipo de sentencia tienen lugar cuando sobre la misma disposición normativa surgen varias interpretaciones contrapuestas, pero el juez constitucional debe escoger la interpretación del precepto legal que tenga más consonancia con la Constitución y descartar las otras posibilidades interpretativas que conducirían a un resultado divergente con la Constitución; de este modo, la cláusula de condicionamiento o de interpretación conforme a la Constitución no es un simple criterio de interpretación para el ejercicio adecuado del control de constitucionalidad sino que también tiene por objetivo reparar los perjuicios causados por las discriminaciones normativas. Así, la ley es declarada exequible en la medida en que sea interpretada en un determinado sentido, el cual es conforme a la Constitución. Algunos ejemplos de decisiones que reparan insuficiencias normativas son los siguientes:

La sentencia C-1433 de 2000⁹¹⁰, en la que se constató la omisión de incluir en las apropiaciones de una vigencia fiscal el aumento que compensaría la pérdida del poder adquisitivo de los salarios de todos los

jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional. De ser así, el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, algunos de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador”: Corte Constitucional, sentencia C-499 de septiembre 15 de 1998.

⁹⁰⁹ La Corte Constitucional ha precisado que: “El principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución”: Corte Constitucional, sentencia C-070 de febrero 22 de 1996.

⁹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1433 de 2000.

servidores públicos, ante lo cual la Corte ordenó al gobierno realizar la indexación en forma retroactiva, reconociendo al menos el monto de la inflación del año anterior. Sin embargo, en aplicación de la Ley 628 de 2000, el gobierno optó por reajustar los rubros salariales sólo de aquellos servidores públicos cuyos ingresos eran menores a dos salarios mínimos. Por lo anterior, en la sentencia de octubre 10 de 2001⁹¹¹ al estudiar la constitucionalidad de la ley de presupuesto, se encontró que el gobierno tampoco había consagrado la indexación anual de los salarios de los trabajadores públicos en las partidas presupuestales⁹¹², la cual debía incrementarse cada año en un porcentaje igual al aumento del costo de vida que se había producido durante el año anterior. El gobierno nacional sostenía la imposibilidad de la indexación, toda vez que el país atravesaba por una grave crisis económica; no obstante, la norma fue demandada por vulnerar el derecho de los trabajadores a la conservación del poder adquisitivo de sus salarios.

La Corte declaró la constitucionalidad de la norma demandada bajo el cumplimiento de las siguientes condiciones: *i)* debe mantenerse el poder adquisitivo de los salarios de los servidores que estén por debajo del límite de los dos salarios mínimos; *ii)* para los trabajadores que estén por encima de este promedio ponderado, su derecho no es absoluto y es posible limitarlo, sin embargo, su restricción debe consultar el principio de progresividad de tal manera que quienes perciban menos ingresos tengan un incremento salarial mayor y viceversa; y, *iii)* el ahorro que genere la limitación a este derecho sólo puede ser invertido por el Estado en gasto social.

⁹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-1064 de octubre 10 de 2001.

⁹¹² Las demandas se realizaron en el año 2000, 2001, 2003 y 2004, y las sentencias de estudio fueron: C-1433 de 2000, C-1064 de 2001, C-1017 de 2003 y C-931 de 2004, respectivamente.

La Corte consideró que el legislador al dejar de incluir a un grupo de ciudadanos en el ámbito de su regulación, que debía ser incluido por mandato constitucional, la omisión resulta inconstitucional: “como en la omisión legislativa relativa hay un acto positivo del legislador que regula una materia específica, la Corte procede a integrar el vacío a partir de la Constitución”⁹¹³. La decisión tuvo un gran efecto reparatorio y previno reclamaciones futuras que hubiesen agravado la situación patrimonial del Estado.

En otro caso, la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 1995⁹¹⁴, estudió la constitucionalidad de una norma que reformaba el régimen disciplinario de las fuerzas militares en la cual se eximía de responsabilidad a quien ejecutaba una orden, aun siendo esta ilegal y que estaba obligado a cumplir. La corte consideró que la exoneración absoluta de la responsabilidad del militar que conscientemente acata órdenes superiores ilegales no es constitucional y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas de las confrontaciones bélicas y ofenden a la humanidad, por lo cual la declaró exequible siempre y cuando se entienda que no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad, pues las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales bajo ninguna circunstancia deben ser ejecutadas.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-618 de 1997⁹¹⁵ se pronunció sobre una norma que señalaba como inhabilidad para ser

⁹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001, *op. cit.*

⁹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995. La norma acusada prescribía: “La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. Cuando el subalterno que la reciba advierta que de su ejecución pueda derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”.

⁹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-618 de noviembre 27 de 1997. La norma acusada era el artículo 95 (parcial) de la Ley 136 de 1994.

elegido alcalde, el haber celebrado por sí o por interpuesta persona, durante el año inmediatamente anterior a su inscripción, contrato de cualquier naturaleza con entidades públicas. Ciertamente es que se consideró que la inhabilidad no restringe en forma irrazonable o desproporcionada el derecho de los ciudadanos a ser elegidos, también lo es que una interpretación puramente literal de la norma suscita problemas constitucionales, por lo cual condicionó su alcance, a fin de ajustar su sentido a la Constitución. En ese orden, se decidió declarar exequible la disposición bajo el entendido de que la inhabilidad no opere frente a la celebración de aquellos contratos a través de los cuales la administración ofrece en igualdad de condiciones a todas las personas, un determinado bien o servicio, como sucede con los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería desproporcionada e irrazonable.

En otra oportunidad, la Corte Constitucional se pronunció sobre una norma que fijaba un aplazamiento de la prestación del servicio militar obligatorio en razón de que los candidatos adelantaran estudios en centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa. Se declaró exequible la disposición bajo el entendido que se comprendiera a todas las confesiones religiosas reconocidas por el Estado⁹¹⁶.

⁹¹⁶ Se trataba de la Ley 48 de 1993 (literal d, artículo 29) relativa a las causales de aplazamiento de la obligación jurídica del servicio militar obligatorio: “Son causales de aplazamiento para la prestación del servicio militar por el tiempo que subsistan, las siguientes: (...), d) Haber sido aceptado o estar cursando estudios en establecimientos reconocidos por las autoridades eclesiásticas como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa”. En el cuerpo de la decisión se puede leer: “Los destinatarios de esa exención son en este caso, las personas que hayan sido aceptadas o estén cursando estudios en establecimientos reconocidos por las autoridades eclesiásticas, como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa, causal que se mantiene por el tiempo que la misma subsista. Constituye una exención de tipo legal que, según lo expresado por esta Corporación, no puede tener origen en justificaciones de tipo individual o personal contrarias a la Constitución Política; por el contrario, las causales eximentes de la prestación del servicio militar obligatorio deben precisamente consultar esos contenidos. Así, la interpretación de la disposición legal sub lite en lo acusado es inadmisibles, si con ella se restringe - como ocurrió el mencionado proceso de tutela - el alcance de los vocablos por las autoridades eclesiásticas a una sola iglesia (en el caso planteado por el demandante, la Católica), para efectos de dar cumplimiento a la causal de aplazamiento en la prestación del servicio militar, respecto de

Asimismo, en otro caso en el cual se revisó la constitucionalidad de una norma que establecía que las víctimas del conflicto armado recibirían asistencia humanitaria, siempre que la solicitud se eleve dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho, la Corte Constitucional la declaró exequible bajo el entendido de que el término de un año comenzaría a contarse a partir del momento en que cese la fuerza mayor o el caso fortuito que impidieron presentar oportunamente la solicitud⁹¹⁷.

En otra oportunidad,⁹¹⁸ la Corte Constitucional conoció de una demanda contra una disposición que según el impugnante permitía que los jueces de ejecución de penas valorar nuevamente la conducta punible que ya había sido objeto de reproche dentro del proceso penal, lo cual resultaría contraria al principio de *non bis in ídem*. La Corte declaró constitucional la disposición en el entendido que las valoraciones de la conducta punible de los jueces de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional de los condenados deben tener en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables.

Esta técnica de interpretación conforme a la Constitución, permite que se revista de legitimidad a una postura interpretativa y que se descarten las demás construcciones consideradas no consonantes con la Constitución y permite, sobretodo, conservar el acto del legislador dentro del ordenamiento jurídico.

2.3.1.3. Las sentencias integradoras o aditivas

aquellas personas que han sido aceptadas o se encuentran cursando estudios en establecimientos reconocidos por esas autoridades como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa”: Corte Constitucional, sentencia 478 de julio 7 de 1999.

⁹¹⁷Corte Constitucional, sentencia del 24 de enero del 2001. Las normas acusadas eran el artículo 9º, y algunos segmentos normativos contenidos en los artículos 16 y 46 de la Ley 418 de 1997.

⁹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-757 del 15 de octubre de 2014.

Las sentencias integradoras o aditivas son otra modalidad de decisiones mediante las cuales el juez constitucional “proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal”⁹¹⁹. Las sentencias integradoras o aditivas presentes también en Italia y Portugal son utilizadas cuando se constata que la disposición normativa incurre en ausencia de normación, es decir, no contiene todos los componentes indispensables para ser declarada constitucional, lo que implica que el juicio de constitucionalidad no se oriente tanto en censurar la norma sino en el déficit de fijación normativa, por ello se debe hacer una integración o adición del contenido normativo, que una vez verificada la omisión, la norma tome la forma constitucional para que se preserve el precepto normativo, todo ello en virtud de los principios de conservación, efectividad y supremacía constitucional⁹²⁰. Estos criterios propenden por la estabilidad del ordenamiento jurídico, ofreciendo soluciones a las insuficiencias normativas, en el sentido que satisfacen principalmente el déficit de protección de los derechos fundamentales y solucionan problemáticas legislativas mediante un arreglo, adición o agregación en la parte del

⁹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-325 de mayo 13 de 2009.

⁹²⁰ La Corte Constitucional en sentencia C-109 de 1995 precisó lo siguiente: “[...] La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. En ello reside la función integradora de la doctrina constitucional, cuya obligatoriedad, como fuente de derecho, ya ha sido reconocida por esta Corporación. (...) En efecto, en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexecutable resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte. En tales casos, la única alternativa para que la Corte cumpla adecuadamente su función constitucional es que, con fundamento en las normas constitucionales, ella profiera una sentencia que integre el ordenamiento legal a fin de crear las condiciones para que la decisión sea eficaz. (...) Como vemos, las sentencias integradoras tienen un múltiple y sólido fundamento constitucional, lo cual explica que esta modalidad de decisión no sea nueva en la jurisprudencia constitucional colombiana, ni en el derecho constitucional comparado. Así, el tribunal constitucional italiano ha recurrido en numerosas ocasiones a decisiones de este tipo, que la doctrina de ese país ha denominado sentencias aditivas, sustitutivas o integradoras”.

contenido normativo, tachado de inconstitucional. Las decisiones aditivas deben diferenciarse de las decisiones integrativas, las primeras consistente en que “el órgano de control formula implícita o indirectamente una regla”, mientras que en las segundas “se apoya directamente en una regla constitucional”⁹²¹. Favoreu ha puesto en evidencia la existencia de tales decisiones “interpretativas constructivas”, cuyo objeto consiste “en agregar al texto lo que le falta para estar conforme, bajo la égida del intérprete”⁹²². Esta técnica se ha propagado en los diferentes sistemas contencioso constitucionales, especialmente europeos, empero, es en Italia donde esta práctica ha tenido mayor resonancia⁹²³.

Las decisiones aditivas poseen una doble función: de una parte, una fase “ablative”⁹²⁴ que se manifiesta en la exclusión de la norma contraria a la Constitución y, de otra, una faceta de “reconstrucción” o de “obligaciones de dar o hacer”⁹²⁵ que se revela en el acondicionamiento de la parte normativa insuficiente, con el fin de darle forma a los parámetros constitucionales⁹²⁶. Este tipo de sentencia tiende a superar las fronteras

⁹²¹ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 514, cita por Léo Brust, *La sentencia constitucional en Brasil*, Universidad de Salamanca, 2011, p.219.

⁹²² FAVOREU (L), “La décision de constitutionnalité”, *R.I.D.C.*, 2-1986, p. 622.

⁹²³ DI MANNOO, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica-PUAM, Paris, 1997, p. 231.

⁹²⁴ Su nombre viene del latín *ablatus*, a su vez de *ablatus*, forma de supino del verbo *auferre* “quitar, apartar”.

⁹²⁵ Para Rubén Hernández Valle las sentencias aditivas son aquéllas que “otorgan, a favor de determinadas categorías de sujetos, un derecho de contenido patrimonial o la prestación de servicios cuyo disfrute resultaba anteriormente, a juicio de la Corte, ilegítimamente excluido y limitado. En este caso, se produce una obligación (superior a la anterior o totalmente nueva) de prestación, es decir, una situación de dar o de hacer”. HERNANDEZ VALLE, Rubén. “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, Año 14, No. 41, Mayo-agosto 1994, p. 238.

⁹²⁶ Estos terminos fueron retomados de PICARDI, Nicola, “La sentenze “integrative” della Corte costituzionale”, en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Constantino Mortati*, Vol. IV, Giuffrè, Milán, 1977, p. 631.

de competencia del juez constitucional como legislador negativo, ya que le atribuye una función positiva o integradora, no obstante cuando adoptan una regulación transitoria, pueden ser vistos por algunos de manera equivocada como legisladores sustitutos⁹²⁷. Es cierto que las sentencias aditivas son un remedio adecuado y eficaz para las omisiones legislativas relativas, siempre y cuando esa extensión no implique un desbordamiento de los parámetros fundados por la Constitución, pero también lo es que el problema central que plantean las decisiones aditivas es el referente a la legitimidad del juez constitucional, puesto que al intentar reparar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, el tribunal lo hace en virtud de una función adicional. Frente a múltiples críticas que se han formulado por el desbordamiento de las competencias, una posición de la doctrina italiana sostiene que los jueces constitucionales no crean libremente en las sentencias aditivas disposiciones normativas independientes, como sí lo hace el legislador, sino que se limitan a individualizar normas lógicamente deducibles del derecho existente⁹²⁸. En ese orden, para Crisafulli “la declaración de inconstitucionalidad de la omisión tiene (...) por efecto, introducir indirectamente la norma que produce un defecto: deduciéndolo, no de la fantasía de la Corte, pero, por analogía, de otras normas y principios contenidos en el sistema”⁹²⁹.

A continuación se presentan algunos ejemplos en los cuales la Corte Constitucional colombiana ha acudido a esta tipología de sentencias para reparar casos de omisión.

⁹²⁷ Cfr. BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, n.º 57, 1986, p. 848 y 849.

⁹²⁸ DI MANNO, op. cit., p. 246-247.

⁹²⁹ CRISAFULLI Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Italia, vol. I, 2º ed., 1970, p. 404.

En la sentencia C-470 de 1997 se decidió una demanda en contra de una disposición normativa que prohibía despedir a una mujer en estado de embarazo, sin autorización de la autoridad competente⁹³⁰. El tribunal consideró que “el mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo”⁹³¹. Así pues, sostuvo que “existe una suerte de omisión relativa del legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad”. Por esta razón, concluyó que “la única decisión admisible en este caso, es integrar en el ordenamiento legal, los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts. 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto, el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente”. Por lo anterior, se declaró exequible la norma, siempre y cuando se entienda en el siguiente sentido: “para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, luego puede entregar la correspondiente carta de terminación del contrato, en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz”.

⁹³⁰ Se demandó la inexecutable del ordinal tercero del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, “prohibición de despedir: *i*) ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia; *ii*) se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente; *iii*) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado (subrayado demandado)”: Corte Constitucional, sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997.

⁹³¹ *Ibid.*

En la sentencia C-445 de 1998⁹³², la Corte Constitucional se pronunció sobre una disposición del Código Penal Militar. Se declaró la inexecutableidad de las expresiones normativas que establecían penas por el delito de peculado por apropiación y, en su lugar, de modo sustitutivo, se ordenó que para tal delito las penas aplicables fueran las contempladas en el Código Penal ordinario, esto por cuanto, según la Corte, “en relación con los delitos comunes contemplados en el Código Penal Militar, éste no puede, sin violar el principio de igualdad en materia punitiva, imponer penas principales inferiores a las previstas en la legislación penal ordinaria”⁹³³.

Este tipo de sentencias de corte aditivo-sustitutivo también han sido utilizadas en otros pronunciamientos: sentencias C-011 de 1994, C-012 de 1994, C-478 de 2003 y C-1235 de 2005. En este último fallo, se decidió una demanda contra una disposición del Código Civil (artículo 2349), que regulaba la responsabilidad civil extracontractual de los “*amos*” por la conducta de sus “*criados*” o “*sirvientes*”. La Corte encontró que las expresiones referidas a los empleados domésticos eran discriminatorias y peyorativas. Por tal razón, se procedió a declarar inexecutable las expresiones “*amos*”, “*criados*” y “*sirvientes*”, y las sustituyó por “empleadores” y “trabajadores”, utilizadas por el Código Sustantivo de Trabajo.

En la sentencia C-080 de 1999 se resolvió una demanda de inexecutableidad en contra una disposición normativa que no preveía para el hijo de un suboficial de la Policía la prolongación de la pensiones que se otorga por fallecimiento de su padre, cuando este alcanzara los 21 años de edad, mientras que otras disposiciones sí lo establecían respecto del hijo de un oficial de la policía, en el caso de que continuara con sus

⁹³² Corte Constitucional, sentencia C-445 del 26 de agosto de 1998.

⁹³³ *Ibid.*

estudios superiores, hasta la edad de 24 años. Al respecto, la Corte dijo que se trataba de una típica omisión legislativa relativa, para lo cual había que darle a la decisión efectos retroactivos⁹³⁴. En consecuencia, dispuso que los hijos de suboficiales fallecidos mayores de 21 años y menores de 24, que con posterioridad a dicha fecha no hayan podido gozar de la pensión de sobrevivientes, debido a la discriminación normativa establecida por las normas acusadas, podían reclamar la sustitución pensional. En este caso, el juez constitucional, además de incluir otra disposición normativa no contemplada por el precepto normativo original, actuó como un juez reparador de daños en sede abstracta cuando decidió conferir efectos retroactivos a su decisión.

Otro de los pronunciamientos más relevantes fue la decisión de la Corte Constitucional⁹³⁵ que despenalizó, en determinados supuestos de hecho, la interrupción voluntaria del embarazo. Se trataba del caso de una mujer en estado de embarazo que padecía cáncer en el útero, pero que no era posible aplicarle tratamiento de quimioterapia en razón del proceso de gestación, ni practicarle el aborto o la interrupción voluntaria del embarazo por constituir una conducta punible por la legislación penal. Como consecuencia, la madre murió.

La Corte consideró que resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas sancionatorias de carácter penal al castigar la práctica del aborto en tales supuestos de hecho, ya que implica la preservación exclusiva de los bienes jurídicos tutelados del *nasciturus*, en detrimento absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual resulta inconstitucional. Por esta razón, se declaró la correspondiente disposición del Código Penal ajustada a la Constitución en el entendido que no se incurre en la tipificación del delito de aborto

⁹³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-080 de 1999.

⁹³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

cuando, con el consentimiento de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes eventos: *i)* la gestación constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, según certificado médico; *ii)* cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; *iii)* cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual, sin consentimiento, de manera abusiva, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En esta decisión, de tipo integrador o aditivo, si bien no se pudo reparar el defecto de protección personal, pues la mujer gestante falleció, como consecuencia de los los efectos normativos implícitos del silencio de la ley, sí se logró prevenir y atenuar el rigor punitivo para otros casos que se presentaran en el futuro⁹³⁶.

Finalmente, en la sentencia C-325 de 2009⁹³⁷ se resolvió una demanda contra una disposición legal según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo en segundo grado de

⁹³⁶ En España, en un caso similar, el Tribunal Constitucional formuló unas directrices al legislador en relación con la ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Dijo que si bien no es inconstitucional declarar no punible el aborto en determinados supuestos, es necesario garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución): “el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.” Advirtió que aunque su misión no es sustituir la acción del legislador, sí puede, “de acuerdo con el art. 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente.” (FJ 12). El magistrado Tomas y Valiente, en su voto, señaló que la jurisdicción constitucional es negativa, por “lo que no puede decirle al legislador es lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo.” STC 53/1985 de abril 11 de 1985. Es preciso señalar que el control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes orgánicas desapareció, sin embargo, se trataba de una vía adecuada para remediar las omisiones legislativas, pues el Tribunal señalaba previamente al legislador la manera de corregirse las ausencias normativas. En el momento, el único control previo de constitucionalidad existente en España es el relacionado con tratados internacionales.

⁹³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009. La disposición controlada era el artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

consanguinidad con funcionarios que dentro de los doce meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento. La Corte consideró que la norma fija un régimen de inhabilidades menos estricto al previsto para los congresistas por la Constitución, la cual se extendía hasta el tercer grado de consanguinidad, por lo cual era contraria a esta.

Sin embargo, no era posible una declaratoria de inexecutable simple, puesto que se generarían vacíos e inconsistencias, pues al retirar del ordenamiento la expresión “segundo grado de consanguinidad”, la prohibición a la que se integra se mostraría insuficiente e indeterminada, por cuanto desaparecería dicha inhabilidad y resultaría ser menos estricta que la prevista para los congresistas. Por lo anterior, consideró que se debe acudir a una sentencia integradora, en la modalidad sustitutiva, que permita retirar del ordenamiento jurídico los contenidos normativos inconstitucionales y llenar el vacío de regulación con un nuevo texto que exprese un significado coherente según la Constitución. Por lo anterior, se declaró inexecutable la expresión “segundo grado de consanguinidad”, y la sustituyó por la expresión “tercer grado de consanguinidad”.

2.3.1.4. Las sentencias de inexecutable diferida

En el derecho colombiano, le corresponde a la Corte Constitucional determinar el alcance y efecto de sus sentencias⁹³⁸. Aunque la tipología de sentencias de inexecutable diferida es de vieja data, sigue siendo una herramienta al servicio de los tribunales constitucionales que les permite introducir reservas de interpretación para modular en el tiempo los efectos de nulidad de las decisiones. Las sentencias de inexecutable diferida,

⁹³⁸ El artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, establece los efectos temporales de las sentencias, así: “(...) tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

con el objeto de preservar el carácter incólume de la Constitución, permite no expulsar de manera inmediata disposiciones legales inconstitucionales, pues los efectos serían adversos y contraproducentes, ni tampoco declarar constitucional la disposición acusada, ya que su aplicación viola una norma superior. Ante este dilema, el juez procede, por una parte, a declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada y, por otra, a diferir en el tiempo los efectos de exclusión de la ley del ordenamiento jurídico.

Según la Corte Constitucional la inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal es aquella técnica

“por medio de la cual, el juez constitucional constata⁹³⁹ que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición, ocasionaría una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales, por lo cual el Tribunal Constitucional, establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada⁹⁴⁰⁹⁴¹ .

En suma, existen dos partes diferentes en la decisión: (i) un juicio de conocimiento relacionado con la validez de la norma a través de la

⁹³⁹ Constatar aquí debe entenderse como cumplir por parte del juez constitucional con las exigencias impuestas por el precedente constitucional para incorporar una sentencia de inexecutable diferida. La sentencia C-737 de 2001, que resolvió la demanda en contra de la Ley 619 de 2000 relativa al “Régimen de regalías petroleras”, estableció al respecto una serie de requisitos: i) justificar el uso de esta técnica; ii) aparecer claramente en el expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasionaría una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso; iii) explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras razones, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento y iv) justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

⁹⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-737 del 11 de julio de 2001.

⁹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2012.

verificación de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad; y (iii) un juicio sobre los efectos, que pueden ser ultractivos o *exnunc*, siempre y cuando se compruebe la necesidad del aplazamiento de los efectos de la decisión⁹⁴².

No obstante lo anterior, la Corte⁹⁴³ ha advertido que el “diferimiento” de los efectos de inconstitucionalidad de la decisión no significa que la ley cuestionada no haya sido objeto de un examen de constitucionalidad, sino que al momento de resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, se ha comprobado que resulta menos lesivo para disposiciones constitucionales, conservar la norma inexecutable por un plazo razonable⁹⁴⁴, a fin de que sea el legislador el que reforme,

⁹⁴² Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2012.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ Este lapso o temporalidad de los efectos fue calificado por Kelsen como un “plazo de espera” (*Warfrist, Karenfrist*), mediante el cual se resuelve pacíficamente la tensión entre el principio democrático y de supremacía constitucional, y se concede un plazo al legislador para expedir una ley conforme con la Constitución. Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, No. 248, México, 2005, p. 359, citado por *ibid.*

De acuerdo con la Sentencia C – 737 de 2001, en el derecho constitucional comparado son múltiples los casos de aplicación profuturo de los efectos de las sentencias. De esta manera, por ejemplo, en Austria, el Tribunal Constitucional estableció la posibilidad de diferir los efectos de las sentencias y proferir sentencias de constitucionalidad temporal que ordenan que una ley contraria a la Carta continúe vigente por un tiempo limitado, mientras el órgano legislativo expide una legislación que se corresponda con la Constitución. Cfr. EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José, “Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie doctrina Jurídica, No. 108, 2002, México, p. 187, *ibid.*

Se puede observar que se decidió positivizar en la Constitución austríaca (artículo 140.2) una autorización dirigida al Tribunal para “prorrogar la eficacia de la sentencia por un plazo de hasta seis meses desde el día de su publicación”. Más tarde el artículo 140 previó que el Tribunal Constitucional “puede fijar un plazo máximo de dieciocho meses en función de las circunstancias”. Menciona la Corte constitucional en la sentencia C-737 de 2001 que un ejemplo de este tipo de providencias fue la Sentencia de diciembre 19 de 1972, que anuló varias normas legales disponiendo que la eficacia de la anulación regiría a partir del 30 de noviembre de 1973. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-027 de 2012, *op. cit.*, cita a CASCAJO CASTRO, José Luis, “La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”, en *Separata*, No 199, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, p. 1993. Igualmente, CAMPOS, BIDART, Germán, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, UNAM, 2003, México, pp. 395 a 398.

modifique o llene el vacío correspondiente, con una norma o legislación posterior.

La Corte ha construido un precedente serio sobre las técnicas de modulación de los efectos temporales de las decisiones, bien sea a través de la modalidad de estirpe austríaca de la *constitucionalidad temporal*, como se menciona en la sentencia C-221 de 1997, o mediante la técnica de origen alemán de la *inconstitucionalidad diferida*, con fundamento en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que dispone que las sentencias de constitucionalidad, “...tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”⁹⁴⁵.

Se mencionaran algunos ejemplos pertinentes en los que se observara que a pesar de que la ley es inconstitucional, la Corte decide no retirar inmediatamente la disposición del ordenamiento jurídico, puesto que su exclusión produciría un vacío legal que pondría en riesgo grave a otros bienes jurídicos tutelados.

En la sentencia C-423 de 1995 se analizó si una norma que regulaba lo referente a la destinación de los recursos por concesión del servicio particular de telefonía celular estaba acorde con la Constitución. La Corte estimó que lo recaudado por el Estado por dicho concepto no puede corresponder al rubro de los ingresos por capital, sino a los ingresos corrientes de la Nación y, aceptando esta premisa, debe ser objeto de transferencia a los municipios. Pese a que se declaró inconstitucional la norma, difirió los efectos de la decisión a partir de la vigencia fiscal del año siguiente, y este aplazamiento se debió a que si se imponía la obligación

⁹⁴⁵ Estas técnicas han sido referenciadas por la Corte Constitucional en sentencia C-027 de 2012.

de trasladar dichos ingresos de manera inmediata se generarían efectos nocivos para la economía del país⁹⁴⁶.

En la sentencia C-700 de 1999⁹⁴⁷, la Corte declaró la inconstitucionalidad con efectos “ultractivos” disposiciones normativas que regulaban el sistema de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante -UPAC- para el pago de créditos de vivienda. Además, estableció unas reglas generales sobre la financiación de vivienda a largo plazo, las cuales debían ser establecidas posteriormente por el legislador. Precisó que la declaración inmediata de inconstitucionalidad generaría un vacío legislativo -*vacatio lege*- que daría lugar a que se revivieran normas preconstitucionales, las cuales serían más lesivas a los principios de vivienda digna y adecuada contemplados en la Constitución (art. 51)⁹⁴⁸.

En la sentencia C-1541 de 2000⁹⁴⁹, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de una disposición del Código Procesal del Trabajo por infringir el principio de igualdad al establecer cuantías diferentes en los procesos laborales de única instancia y por establecer en unos procesos laborales una instancia y en otros dos. El tribunal diferió la ejecución de la decisión por un tiempo determinado hasta que el legislador corrigiera la norma e hiciera efectivo el principio de igualdad vulnerado. Lo anterior, a

⁹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-423 de 1995. Se declaró la inconstitucionalidad del numeral 2.7 del artículo 1º de la Ley 168 de 1994, por el cual se decreta el presupuesto de rentas y de recursos de capital y la Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1995.

⁹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-700 de 1999.

⁹⁴⁸ Como consecuencia de la sentencia, en diciembre de 1999 se expidió la Ley 546, que creó otra fórmula financiera (Unidad de Valor Real -UVR-) para los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda con base en la inflación certificada oficialmente.

⁹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1541 de noviembre 8 de 2000. Se declaró inexecutable el artículo 12 del Código Procesal del Trabajo y se diferió la ejecución de esta sentencia hasta el 20 de junio del año 2001

fin de no generar un vacío de carácter legal que hiciera más gravosa la situación.

En la sentencia C- 366 de 2011⁹⁵⁰, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificó el Código de Minas por no haberse agotado el requisito de consulta previa a pueblos indígenas y afrodescendientes; sin embargo, difirió los efectos de la decisión por dos años para que el legislador dictara una nueva normativa previo agotamiento del referido procedimiento, toda vez que una inconstitucionalidad inmediata produciría un vacío normativo en materia ambiental, que conduciría a una situación grave e indeseable en la de protección del medio ambiente.

En sentencia C- 818 de 2011⁹⁵¹, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de unas disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre el ejercicio del derecho de petición ante las autoridades estatales e instituciones privadas; sin embargo, decidió diferir los efectos del fallo por un tiempo determinado, a fin de que el legislador expida una ley estatutaria que regule la materia por tratarse de un derecho fundamental. El parlamento expidió la Ley 1755 de 2015.

Finalmente, en sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional resolvió una demanda en contra de unas disposiciones del Código de

⁹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 366 de mayo 11 de 2011. Se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”. No obstante, la declaratoria de inconstitucionalidad diferida, el plazo se venció, ante lo cual el ejecutivo solicitó una prórroga a la Corte Constitucional para adelantar la consulta previa con los grupos étnicos, por cuanto durante el periodo concedido no fue posible realizarla. La Corte no accedió a la solicitud y, como medida de emergencia, el Gobierno expidió cuatro decretos con fuerza de ley (933, 934, 935 y 943 del 2013) que establecen los parámetros para desarrollar la actividad minera.

⁹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C- 818 de noviembre 1º de 2011. Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

Procedimiento Penal⁹⁵², porque no se consagraba el derecho a apelar los fallos que fijan una condena por primera vez en la segunda instancia en el marco de un proceso penal, con lo cual se desconoce el principio de igualdad y el derecho al debido proceso. El déficit de regulación configuraría una omisión legislativa relativa, puesto que el vicio de inconstitucionalidad se predica, no del contenido positivo de los preceptos atacados, sino de aquel que no fue previsto y debería estar regulado por el estatuto adjetivo penal.

Según la Corte el legislador incurrió en una omisión normativa inconstitucional, por no prever un sistema recursivo que permita a los sindicatos ejercer el derecho constitucional a la impugnación, por lo cual decidió: (i) declarar la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarar la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) y exhortar al Congreso de la República para que en el término de un año regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez; (iv) y disponer que en caso de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Con las anteriores ilustraciones, se puede concluir que en cumplimiento de las órdenes expedidas por la Corte Constitucional el legislador, en la mayoría de los casos, procedió a expedir las leyes respectivas, es decir, este tipo de sentencias permiten no solo solucionar problemas claros de omisión o discriminación normativa sino también mitigar la tensión presentada entre el principio democrático y el principio constitucional, con

⁹⁵² Ley 906 de 2004, artículos 20, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481.

lo que se garantiza el principio de plenitud del orden jurídico cuando es menoscabado por lagunas. Igualmente, las sentencias de inexecutable diferida permiten la preservación de la Constitución, y “crean un diálogo fecundo entre el juez constitucional y el legislador, pues la decisión de executable temporal, en vez de cerrar la discusión social sobre el tema, impulsa un nuevo examen democrático del mismo por parte del Congreso”⁹⁵³.

2.3.2. Mecanismo de corrección orgánico-procedimental en sede concreta y su aplicación

Otro mecanismo de corrección a destacar es el denominado por el derecho colombiano como acción de tutela (recurso de amparo) para la protección judicial de derechos fundamentales individuales cuando son violados por el poder público, en especial en casos de omisión. Sin embargo, su uso ha comenzado a revelar sus límites e insuficiencias cuando se trata de una violación sistemática, recurrente y masiva de derechos fundamentales por omisiones estructurales, por tal razón, la figura conocida como “estado de cosas inconstitucional” se ha convertido en una herramienta valiosa para contrarrestar los efectos de las omisiones.

2.3.2.1. La acción de tutela o la aplicación directa de la Constitución

La acción de tutela es una técnica orgánico-procedimental⁹⁵⁴ inmediata y efectiva⁹⁵⁵ destinada también, de manera excepcional, a reparar los daños

⁹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-737 de 2001.

⁹⁵⁴ En el artículo 86 de la Constitución Nacional se dispuso la creación de un mecanismo preferente de carácter subsidiario, sumario y autónomo, consagrado a la defensa de los derechos constitucionales fundamentales denominado “acción de tutela”, que tiene por fin protegerlos de amenazas o violaciones realizadas por autoridades públicas o particulares: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de

producidos por omisiones legislativas. A pesar de que los derechos fundamentales demandan, en muchos casos, de una *interpositio legislatoris*, en virtud del principio de inmunidad que los reviste, la carencia de desarrollo legislativo no puede conllevar a su paralización o aplazamiento indefinidos: “lo contrario significaría que la realización de los derechos constitucionales estaría librada a la contingencia de las fuerzas políticas del momento, lo que desdice de su carácter de derechos”⁹⁵⁶.

La decisión de amparo puede tener relación con una conducta positiva o de una omisión de las autoridades públicas. La norma reglamentaria (artículo 23 del decreto 2591 de 1991) dispone que cuando se trate de una violación de un derecho fundamental por acción, el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto una obligación de “no hacer”, a fin de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y cuando lo impugnado hubiere

cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. Esta acción está reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, que fue expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias otorgadas por la Constitución.

⁹⁵⁵ La Corte constitucional, en su primera decisión, le reconoció a este mecanismo la tarea de hacer efectivos los derechos fundamentales: “Se trata, entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2o. Const. Pol.)”: Corte Constitucional, sentencia T-001 de abril 3 de 1992, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

⁹⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1064 de 2001, *op. cit.* .

sido una omisión, el fallo ordenara una “obligación de hacer”, es decir, la realización o desarrollo de una acción determinada.

Un ejemplo de omisión legislativa absoluta es la ausencia de regulación normativa sobre el procedimiento y la jurisdicción para la protección de los derechos e intereses colectivos y de grupo, garantizados por el orden constitucional de 1991⁹⁵⁷, no obstante el expreso mandato conferido al legislador, el que solo cumplió siete años después al establecer la normativa correspondiente (Ley 472 de 1998). Durante ese interregno el tribunal constitucional y los jueces de tutela protegieron los derechos e intereses colectivos en forma forzada y no menos polémica a través de la acción de tutela, la cual solamente estaba destinada para el amparo judicial de los derechos individuales⁹⁵⁸. Para justificarlo, se acudió a un criterio de conexidad de dichos derechos y bienes jurídicos con el derecho a la vida y a la integridad personal, que se consideraron, igualmente, amenazados por actividades económicas de empresas públicas y privadas, las cuales, a su vez, ponían en riesgo el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud colectiva, entre otros.

⁹⁵⁷ “Artículo 88. La ley regulará las **acciones populares** para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

“Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, **la ley establecerá** los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

⁹⁵⁸ Corte Constitutionnel. Sentencias T-411 de 1992, T-536 de 1992, T-126 de 1994, T-062 de 1995, T-257 de 1996, SU 442 de 1997, T-244 de 1998, T-666 de 2002.

Otro ejemplo, es la decisión por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable, por vicios de forma, de disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas al *habeas corpus*⁹⁵⁹, por cuanto se tramitó en el parlamento como ley ordinaria cuando debió serlo a través de los trámites de ley estatutaria⁹⁶⁰. El tribunal moduló los efectos de la decisión y exhortó al legislador para que en un “plazo razonable” expidiera una ley estatutaria que regulara sobre este derecho fundamental. A pesar de que los efectos normativos implícitos alteraban el encargo constitucional y lesionaban derechos fundamentales, el juez constitucional estimó que sí era posible dicho recurso penal por cuanto era una disposición de aplicación inmediata (artículo 85 de la Constitución) y susceptible de ser ejercido ante cualquier autoridad judicial. Posteriormente, el legislador en virtud de esta exhortación expidió la Ley Estatutaria 1095 de 2006, por medio de la cual se reglamentó el artículo 30 de la Constitución.

2.3.2.2. El Estado de cosas inconstitucional: hacía la configuración de una acción de litigio estructural

La acción de tutela o recurso de amparo se ha constituido en un instrumento de suma importancia en el derecho colombiano para la protección efectiva de derechos fundamentales, tanto frente a las acciones

⁹⁵⁹ El artículo 30 de la Constitución prescribe: “*Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.*”

⁹⁶⁰ Se trata de los artículos 382 a 389 de la Ley 600 de 2000, declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-620 de junio 13 de 2001. En ella se estableció sobre el término del diferimiento lo siguiente: “Dado que como consecuencia de la declaración de inexecutable que aquí se declarará de los artículos 382 a 389 de la Ley 600 de 2000, el legislador debe expedir una ley estatutaria, que como es sabido requiere ser tramitada en una sola legislatura y aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, la Corte procederá a diferir los efectos del presente fallo en cuanto a esta decisión se refiere a partir del 31 de diciembre de 2002, es decir, que el Congreso de la República deberá expedir la ley estatutaria en la que se regule el derecho fundamental del *habeas corpus* y los procedimientos y recursos para su protección antes de esa fecha, pues si así no lo hace las disposiciones precitadas desaparecerán del ordenamiento positivo a partir de ese momento”.

como a las omisiones del poder público, cuando ponen en peligro o lesionan derechos fundamentales; sin embargo, a pesar de sus bondades, este instrumento ha revelado sus límites cuando se trata de mitigar la vulneración derivada de la violación masiva y sistemática de derechos fundamentales, pues el juez constitucional de manera forzada y en aras de superar estos eventos fácticos ha usado la figura del estado de cosas inconstitucional -ECI⁹⁶¹-, de origen pretoriano, dentro de la forma de la tutela, esto es, usa el recurso de amparo con fines instrumentales, pese a que la tutela tiene un objeto, finalidades y límites distintos al ECI⁹⁶²; en este tipo de litigios de corte estructural los poderes del juez desbordan los cauces procesales de la tutela, lo que termina por alterar el marco natural de este medio extraordinario de amparo.

Es cierto que existen mecanismos judiciales para proteger derechos individuales (acción de tutela), defender los derechos de carácter difuso o colectivo (acción popular), o para la reclamación de daños plurales (acción de grupo), pero en el ordenamiento jurídico se carece de un mecanismo que contrarreste casos de violaciones masivas, recurrentes y sistemáticas de derechos fundamentales derivados de deficiencias estructurales del poder público y relacionadas particularmente con la omisión, cuya solución requiere la intervención de distintas entidades, entre otros, del legislador.

Al margen del debate sobre el uso poco ortodoxo para remediar este tipo de fenomenologías derivadas de la omisión, la Corte Constitucional ha

⁹⁶¹ A pesar de ser una figura de factura jurisprudencial, se identifica su referente positivo en el artículo 89 de la Constitución: “además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

⁹⁶² La tutela busca amparar derechos fundamentales cuyos efectos son por regla general interpartes, mientras que el ECI ampara derechos fundamentales cuyas causas de violación se identifican con violaciones masivas, estructurales y sistémicas.

adoptado el instrumento que declara un *estado de cosas inconstitucional*⁹⁶³ como herramienta fundamental de protección, la cual ha sido utilizada no solamente en Colombia⁹⁶⁴ sino en otros ordenamientos jurídicos del mundo como los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education*⁹⁶⁵, India sobre el derecho al agua⁹⁶⁶, Sudáfrica sobre vivienda⁹⁶⁷ y salud⁹⁶⁸.

⁹⁶³ Si bien la primera declaratoria de ECI se hizo la sentencia SU-559 de 1997, en la que se trata el caso de un grupo de docentes excluidos del sistema de seguridad social que cotizaron sus respectivos aportes, existen dos precedentes normativos: (i) la acumulación de procesos en los cuales exista una coincidencia total o parcial de las normas acusadas. (Decreto 2067 de 1991, art. 5º); (ii) sentencias de reiteración de jurisprudencia (Decreto 2591 de 1991, art. 35).

⁹⁶⁴ La Corte Constitucional hizo referencia explícita al caso *Brown* al hacer el seguimiento al estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión carcelaria y la violación de los derechos fundamentales de los internos. Hizo alusión a la discusión sostenida en Estados Unidos a mediados del siglo XX, entre dos tendencias: los “*structural remedies*” según la cual el juez debe velar por la garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y la “*political question doctrine*”, que plantea que el juez debe limitarse a proteger la dimensión subjetiva de los mismos. Las características principales de la garantía objetiva son: “1. La acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un *status quo* injusto; 2. El proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3. Los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4. La sentencia no tiene solo efectos interpartes; 5. La Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6. El juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7. La finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales”. Corte Constitucional, sentencia T-1030 de 2003, consideración jurídica n.º 4.

⁹⁶⁵ “En 1951 Olivier Brown, padre de una menor de siete años a quien se le negó el acceso a una escuela para blancos dio inicio al caso en cuestión, al que luego se adhieron otros doce padres que se encontraban en idénticas situaciones. Aunque no era el primer caso de segregación racial escolar, es considerado como el primero en ser fallado favorablemente por la Corte Suprema el 17 de mayo de 1954, siendo presidente del mismo Earl Warren. La segregación racial era permitida legalmente en 24 Estados. La Corte proscribió la doctrina de separados pero iguales –aprobada en el caso *Plessy vs. Ferguson*– y la calificó como violatoria de la cláusula de igual protección ante la ley, contenida en la decimocuarta enmienda, que sirvió de base para otros casos. Si bien la escuela de Topeka cumplió el fallo, no ocurrió lo propio en el resto de escuelas, por lo cual el Tribunal en 1955 produjo una regla de ejecución que ordenaba un “comienzo pronto y razonable en dirección del pleno cumplimiento” y que se lograra la integración escolar con “deliberada rapidez”: CÁRDENAS, Blanca Raquel, *Contornos jurídico-fácticos del Estado de cosas inconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. p. 101.

El estado de cosas inconstitucional se ha utilizado como “una técnica ad-hoc para la resolución de casos estructurales, que extrañamente ha tomado prestado el estatuto de la acción de tutela, sin apremio de las limitaciones constitucionales y legislativas”⁹⁶⁹. Como herramienta de sanción frente a omisiones ha sido aplicada por la Corte Constitucional en ocho ocasiones⁹⁷⁰, al enfrentar una violación masiva y sistemáticamente de derechos fundamentales. La Corte cuando declara el ECI “modula exponencialmente los efectos del fallo y profiere una serie de órdenes complejas dirigidas a las entidades públicas [entre ellas al legislador] responsables de las fallas en que se funda la vulneración”⁹⁷¹.

Según la doctrina se trata de “una figura de carácter procesal y de vocación oficiosa, para la defensa objetiva de derechos humanos, a fin de resolver casos en que se presenta una violación sistemática de derechos fundamentales de un grupo significativo de personas, cuyas causas guardan relación con fallas sistémicas o estructurales y con políticas públicas, donde se requiere, involucrar a todos los estamentos públicos

⁹⁶⁶ INDIA, *Municipal Council Ratlam vs. Vardhichand and others*, 1980., caso citado por LANGFORD Malcolm, “Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico”, Sur, *Revista internacional de derechos humanos*, vol. 6 n° 11, São Paulo, diciembre de 2009. [\(http://www.scielo.br/scielo\)](http://www.scielo.br/scielo). (1/06/2015).

⁹⁶⁷ SUDÁFRICA, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000, *ibid*.

⁹⁶⁸ SUDÁFRICA, *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002, *ibid*.

⁹⁶⁹ CÁRDENAS, Blanca Raquel, *Del estado de cosas inconstitucional (eci) a la formulación de una garantía transubjetiva*, tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. IX.

⁹⁷⁰ En la T-025 de 2004 (sentencia sobre desplazamiento forzado), la Corte Constitucional relaciona siete ocasiones de declaración del ECI. Sin embargo, deben sumarse otras sentencias como la T-724 de 2003, la T-760 de 2008, la SU-254 de 2013 y el auto 110 de 2013, entre otras.

⁹⁷¹ CÁRDENAS, Blanca Raquel, *op.cit*.

necesarios y adoptar medidas de carácter impersonal que tiendan a superar ese *estatus quo* injusto, en lo cual el juez constitucional mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo”⁹⁷². Igualmente, se ha afirmado que es “una declaración formal que hace la Corte Constitucional mediante fallo de tutela, en los casos de violación plural, sistemática y recurrente de la Constitución y los derechos fundamentales, que acontece como consecuencia de fallas orgánicas y estructurales”⁹⁷³.

Por lo anterior, se trata de una técnica orgánico-procesal-oficiosa de estirpe jurisprudencial que busca proteger, de manera objetiva y colectiva, los derechos fundamentales con el fin de remediar las violaciones sistemáticas, masivas y recurrentes, derivadas, en especial, de las omisiones estructurales del Estado. Su eje de acción se edifica sobre dos bases: i) la declaración oficiosa de fallas estructurales estatales y ii) las órdenes dirigidas a estas autoridades, con el fin de superar esa situación de vulneración de derechos.

El tribunal constitucional colombiano ha identificado básicamente los siguientes precursores fácticos que justifican la declaratoria de ECI⁹⁷⁴: “(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales

⁹⁷² VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año I, n.º I, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, p. 211-227.

⁹⁷³ QUINCHE RAMIREZ, Manuel, *La acción de tutela. El amparo en Colombia*, Temis, Bogotá, 2001, p. 288.

⁹⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-025 de enero 22 de 2004. En cuanto a los presupuestos fácticos de declaratoria de un ECI se deben identificar dos etapas jurisprudenciales. La primera, antes de la sentencia T-025 de 2004, es decir entre 1997 y 2004, en la que se identificaron tres elementos para declarar un ECI: i) la repetida violación de unos mismos derechos fundamentales a un número plural de personas, ii) la violación sistemática de los derechos fundamentales no debe ser exclusivamente imprecada a la entidad accionada y iii) la solución a la violencia sistemática de los derechos debe estar relacionada con el conjunto de autoridades públicas. La segunda etapa, se concreta a partir de la sentencia T-025 de 2004, que declaró el ECI en materia de desplazados internos por la violencia en Colombia. En esta etapa, como se analiza en el cuerpo del texto, se incluyeron nuevos presupuestos fácticos para proceder a su declaratoria judicial.

que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada *omisión* de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de derechos*; (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) la existencia de una misma afectación a varias personas, cuya protección mediante la acción de tutela causara una mayor congestión judicial”.

La declaratoria del ECI, como técnica orgánico procedimental de corrección de omisiones estructurales del Estado, comporta la constatación de ciertos factores, lo cual conlleva a la declaratoria formal y oficiosa por parte del tribunal constitucional y la expedición de órdenes destinadas al complejo institucional del poder público, las cuales pueden ser, en función del grado de intensidad de la afectación, singulares, integrales y de litigio estructural⁹⁷⁵.

1. *Órdenes singulares*: se trata de la vulneración de derechos fundamentales en contra de una pluralidad de personas, pero por un único accionante, a partir del cual se emiten órdenes de protección que involucran a un número pequeño de entidades públicas o a una sola de ellas.

2. *Órdenes integrales*: se emiten por la vulneración de derechos fundamentales a un número plural de personas frente a múltiples accionantes, por lo cual se producen diversas órdenes que involucran a numerosas entidades públicas.

⁹⁷⁵ Se sigue la tipología expuesta por Quinche Ramírez, *op. cit.*, p. 289.

3. *Órdenes de “reforma estructural”*: el primer caso formal se produjo en relación con la grave situación de la población desplazada por el conflicto armado interno⁹⁷⁶. Al comprobarse una violación masiva, sistemática y prolongada de los derechos fundamentales, derivada de fallas estructurales, se ordenó la adopción de un complejo sistema de políticas públicas sometidas a evaluación, supervisión, control y seguimiento por el juez constitucional⁹⁷⁷.

En relación fallas estructurales de omisión del Estado-legislador, se identifican las siguientes decisiones:

1. *Sobre el situado fiscal en educación*. Fue la primera declaratoria formal del ECI en 1997⁹⁷⁸, a razón de las medidas legislativas inequitativas de

⁹⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, juntamente con la sentencia T-760 de julio 31 de 2008.

⁹⁷⁷ “Tradicionalmente se ha considerado que las políticas públicas, los derechos fundamentales y la acción de tutela pertenecen a discursos diferenciados, que no guardan relación ni puntos de contacto entre sí (...). No obstante, la pretendida separación entre las políticas públicas, los derechos y los mecanismos de protección no tienen justificación plausible, ya que se trata de temas relacionados, en la medida en que las políticas públicas están sometidas a reglas de juego definidas por normas jurídicas, en sus fases de diseño, formulación e implementación. Ahora bien, es claro que el simple reconocimiento de derechos fundamentales por normas jurídicas no es suficiente para que las políticas públicas atiendan obligaciones que ellos imponen. Por el contrario, la evidencia empírica indica que numerosas políticas públicas no asumen decididamente el respeto de los derechos fundamentales, lo que ha obligado a la intervención de la justicia constitucional y el ejercicio de la acción de tutela”: QUINCHE RAMIREZ, *op. cit.*, p. 316.

⁹⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997. Según la Corte “el generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al sistema de seguridad social obedece, entre otros motivos, a los siguientes, los cuales configuran un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales: 1. ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; 2. inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; 3. concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial”.

distribución de recursos entre departamentos, teniendo en cuenta que aquellos con menor situado fiscal, eran los que más necesidades insatisfechas en educativa tenían. Por esta razón, los municipios de estos departamentos asumieron con sus propios recursos buena parte de las exigencias educativas; sin embargo, incurrieron en atrasos en lo que se refiere a las afiliaciones del sistema de seguridad social de un gran número de docentes. En este fallo se ordenó a los municipios adelantar y culminar el trámite de afiliación de los docentes.

2. *Sobre los derechos fundamentales de reclusos en cárceles.* En la sentencia de abril 28 de 1998⁹⁷⁹, la Corte Constitucional constató la vulneración masiva, concurrente y sistemática de derechos fundamentales de las personas que se encuentran reclusas en las cárceles, razón por la cual emitió varias órdenes dirigidas a numerosas entidades para superar esta situación. Con base en los mismos argumentos expuestos en decisiones anteriores⁹⁸⁰, la Corte emitió varias órdenes, entre las cuales atañe al legislador: “las normas del Código de Procedimiento Penal no se adecuan al concepto de la detención preventiva y de la pena de prisión como medidas extremas. Ello constituye, obviamente, una camisa de fuerza para las decisiones de los funcionarios judiciales. Sin embargo, esto es superable en la medida en que se *adopte una política legislativa* adecuada que contenga un repertorio de alternativas a esas medidas extremas.” (énfasis propio). Estas órdenes no se han cumplido.

De conformidad con lo anterior, la aplicación de esta técnica de sanción o corrección de fallas estructurales derivadas de la omisión estatal y particularmente del legislador, busca poner un término a la violación sistemática, masiva y permanente de los derechos fundamentales, pues la

⁹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-153 de 28 de abril de 1998.

⁹⁸⁰ Sentencias T-559 del 6 de noviembre de 1997 y T-068 de 5 de marzo de 1998.

acción de tutela solo fue concebida como un mecanismo de protección de derechos individuales con efectos *inter partes*. Según la Corte, esta acción jurisprudencial “viene acompañada del despliegue de acciones estructurales dirigidas a encausar la situación anómala dentro de los linderos de la Carta; en tales eventos el fallo no restringe sus efectos a aquellos que acuden a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, sino que los extiende a un número indeterminado de personas que se encuentran en las mismas circunstancias de los tutelantes e irradia sus órdenes y efectos a aquellas personas o entidades que tienen en sus manos la facultad o el poder de conjurar la particular situación vulnerante, de forma tal, que la providencia tiene un efecto *inter communis*”⁹⁸¹. Por esta razón, existe una tendencia mundial a ejercer a partir de litigios de corte estructural un control de constitucionalidad sobre las políticas públicas⁹⁸².

⁹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia SU-913 de diciembre 11 de 2009.

⁹⁸² GAURI y BRINKS citados por Quinche Ramírez señalan “cada vez más [...] los derechos constitucionales están apoyando demandas de bienes y servicios sociales y económicos, a menudo, pero no siempre, a través de las cortes u otras instituciones cuasi-legales. Y las cortes están asumiendo un rol [*sic*] cada vez más importante en decidir la amplitud a la que el interés aparentemente no negociable consagrado en las constituciones debería ser considerado y protegido en la formulación de políticas”. GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M, “Introduction: the elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights”, en *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Nueva York, Cambridge, University Press, 2008, p. 2. Citado por Manuel Quinche Ramírez, *op. cit.*, p. 320.

Cuando Cruz Parceró habla de las garantías de protección jurídica de los derechos sociales establece dos formas de justiciabilidad. 1. *La justiciabilidad relacionada con la protección directa de los preceptos constitucionales*. Esta se basa en el poder del poder judicial de proteger derechos constitucionales cuando los individuos o grupos reclaman por la violación de sus derechos. Estas son garantías jurídico-formales que, como lo vimos anteriormente, pueden adoptar técnicas de corrección o sanción frente a omisiones como la tutela o las reservas de interpretación en sede concentrada. 2. *La justiciabilidad de políticas públicas*. Se relaciona con el diseño de las políticas públicas y con las formas de exigir responsabilidad y transparencia. Los mecanismos jurídicos sirven entonces como una tuerca más en el diseño de dichas políticas, pero juegan el rol importante de poner a disposición de los ciudadanos mecanismos de control y supervisión. Refuerza Cruz Parceró, los jueces y tribunales se convierten en un poder asociado al mantenimiento de la legalidad o en algunos casos un poder para resolver casos de contradicciones y de lagunas jurídicas. Cfr. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad”, en *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 81-85.

En resumen, pese a que las relaciones de la justicia constitucional con los demás poderes públicos frente a omisiones del legislador es actualmente uno de los temas más controvertidos de la teoría jurídico-política, la declaratoria judicial del estado de cosas inconstitucional representa un ensamble armónico entre el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, los derechos fundamentales de vinculación positiva y las técnicas de control y sanción⁹⁸³.

De allí que bajo la técnica de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional el tribunal constitucional puede desempeñar una importante tarea frente al legislativo, dentro de una democracia deliberativa⁹⁸⁴. Gargarella plantea que en el ejercicio del control judicial es

⁹⁸³ “El énfasis que se ha dado en el debate jurídico contemporáneo al tema de lo que hemos denominado la justiciabilidad constitucional ha generado que se haya dejado de lado la relación que tienen los derechos sociales tanto con las políticas públicas como con otras formas de garantizarlos que no dependen de la acción del gobierno y del poder judicial”: CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 86.

Es pertinente traer a colación la decisión de la Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006 en la que precisó que la obligación de proveer recursos necesarios para asegurar la eficacia de los derechos constitucionales es una condición indispensable para la vigencia de un orden democrático, y una consecuencia necesaria de la indivisibilidad e interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, tal como lo establecieron los Estados americanos en la Carta Democrática de la OEA: “Justamente en este sentido se habla de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales. Que los derechos constitucionales fundamentales se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado (...) orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica. La Carta Democrática (...) ha resaltado la necesidad de procurar las condiciones y de ambientar las circunstancias para lograr la efectividad de la democracia en la realidad.”

⁹⁸⁴ Gargarella propone cuatro procesos de intervención del control judicial en una democracia deliberativa. Solo estudiaremos en el texto dos, por cuanto interesa particularmente al ECI, por el resto, nos limitaremos a mencionar que se trata de un control judicial del carácter inclusivo del proceso de creación legislativo (protección de minorías) y un control judicial del carácter deliberativo del proceso de creación legislativo (las normas deben estar fundadas en razones públicas, asequibles a todos). En este último proceso, el hecho de que una decisión haya sido aprobada en el Congreso a partir de una votación mayoritaria, otorga una razón suficiente pero no suficiente para considerar a la misma como una decisión legalmente válida. Gargarella en este proceso propone que la ausencia de razones públicas en la justificación de la ley, o la resistencia de las bancadas mayoritarias a toda discusión genuina con la oposición, debe instar a un

posible participar mediante una decisión construida dialógicamente y mediante una construcción dialógica, con los otros poderes⁹⁸⁵.

En cuanto a una *decisión judicial construida dialógicamente*, el compromiso de la justicia con el modelo de deliberación merece extenderse, también, a la forma misma de la decisión judicial, es decir, la justicia puede definir un proceso abierto, colectivo, dialógico, de modo tal, que su propia decisión atienda a puntos de vista plurales o propiciar un ámbito de discusión pluriinstitucional –audiencia pública por casos- para superar las causas estructurales de la injusticia nacidas de la omisión. Este tipo de iniciativas tiene un sentido muy especial frente a litigios complejos o estructurales, que incluyen a diferentes intervinientes – grupos, regiones, intereses, otros poderes– muy diversos, y se refieren a cuestiones de enorme complejidad que requieren, para su debida atención, de soluciones de tipo estructural, que solo pueden germinar en ámbitos pluriparticipativos.

En cuanto a la *decisión construida en diálogo con los otros poderes*, una de las máximas expresiones del ideal deliberativo, en términos institucionales, está relacionada con la concreción de los compromisos nacidos en virtud de una transversabilidad dialógica entre los poderes públicos. El diálogo que interesa es el relacionado con la construcción de decisiones públicas tendientes a superar estados de deficiencia estructural que vulneran de manera masiva derechos fundamentales. Se trata de aquellas decisiones de cooperación entre las ramas del poder, en donde el órgano legislativo preserva sus competencias y su autoridad, pero recibe ayuda de los demás órganos (ejecutivo y judicial), de modo que se

escrutinio judicial más estricto sobre la norma en cuestión. Cfr. GARGARELLA, Roberto. “Justicia dialógica y derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales en el Estado constitucional*. ESPINOZA de los MONTEROS Javier y ORDOÑEZ, José (coords). Valencia, 2012, pp. 109-141.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 125 y 126.

aseguran decisiones finales más respetuosas de los puntos de vista de todos los involucrados en el conflicto social. Tal cooperación puede ir, por ejemplo, desde la invitación al legislador para que defina los contornos de la ley, hasta intervenciones más incisivas de parte de la justicia, que pasa a cooperar con el legislativo en la redacción de las normas con deficiencia normativa, como sucede con algunas técnicas de reserva de interpretación y alcance constitucional.

Por lo anterior, es posible concluir que el fenómeno de la omisión legislativa, tanto absoluta como relativa, es un problema que comienza a ser progresivamente superado en el Estado constitucional, pues las técnicas-orgánico procedimentales de corrección hasta ahora revisadas, más allá de controlar la validez de la ley, garantizan la fuerza viva de la Constitución y, por ende, su eficacia. Estas herramientas jurisprudenciales, inscritas en el teoría del control de constitucionalidad, propenden por la conservación de la ecuación entre el principio democrático, cuyo eje es la libre configuración legislativa, y el principio constitucional, base de la eficacia de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no se puede ocultar la insatisfacción de respuestas frente al problema de las omisiones absolutas del legislador, ya que si bien el juicio de constitucionalidad ha sido exitoso en reparar discriminaciones normativas (omisión relativa) el reto inmenso es que hacer frente a violaciones sistemáticas, masivas y permanentes de los derechos fundamentales debido a omisiones estructurales del Estado cuya característica notables es el silencio absoluto. La técnica de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional puede adquirir una gran potencialidad frente a esta problemática que no solo pueda contribuir a superar la falta de plenitud y eficacia del ordenamiento jurídico, sino, igualmente, a contribuir a un reacomodamiento respetuoso de las fronteras de actividad entre los poderes públicos, bajo una estrategia dialógica y de

colaboración, de conformidad por la razón de ser y las finalidades del Estado constitucional, social y democrático de derecho.

TÍTULO II: LA JUSTICIABILIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Este título tiene por objeto analizar las respuestas que se han dado desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado al fenómeno de la omisión de desarrollo legislativo y exponer una alternativa. En el primer capítulo se hará un recorrido por los principales debates que se han suscitado en torno a la responsabilidad del Estado-legislador (capítulo I); y en el segundo capítulo se estudiarán los desafíos que provoca la omisión del legislador a los desarrollos actuales del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión del legislador, en orden a justificar la viabilidad y pertinencia jurídica de reclamar y obtener una reparación por los daños antijurídicos producidos (capítulo II).

CAPÍTULO I: EL DEBATE ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-LEGISLADOR

En el nuevo paradigma constitucional, el legislador se encuentra en una relación fiduciaria frente a la fuerza vinculante de la Constitución, y esta a su vez le confiere legitimidad al principio democrático por ser uno de sus componentes basilares; no obstante, tradicionalmente sus actos se encontraban revestidos de un hábito invencible de irresponsabilidad y, por ende, no estaban sujetos a control jurisdiccional (1); en un proceso tortuoso y lento algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos han puesto fin a la irresponsabilidad del legislador por vía normativa o jurisprudencial, lo cual sin lugar a dudas ha significado un gran avance en el fortalecimiento de las garantías a los derechos (2).

1. La teoría de la irresponsabilidad del Estado por la función del legislador: una mirada al caso francés

El absolutismo monárquico se caracterizó por la presencia del principio de irresponsabilidad estatal, cuya máxima se conoce con la expresión inglesa *the King can do no wrong* o en francés con *le Roi ne peut mal faire*⁹⁸⁶, expresión máxima del poder público que luego fue sustituida por otro, el legislador, cuyos actos estaban investidos de un carácter soberano, a semejanza de lo que sucedía en el Estado absolutista, por ser la expresión legítima y directa de pueblo en autogobernarse y, en consecuencia, no solo tenían la vocación de imponerse con efectos abstractos e impersonales a todos los ciudadanos sino que estaban salvaguardados por el principio de inmunidad al control judicial, por cuanto al ser el legislador depositario de la voluntad general era impensable que al amparo de su poder legítimo produjera daños; de allí que desde el punto de vista del instituto de responsabilidad patrimonial público no era posible admitir que el Estado pudiera ser llamado a responder por supuestos perjuicios producidos por la función del legislador⁹⁸⁷. Sin embargo, esto fue cambiando.

⁹⁸⁶ Cfr. GARCÍA de ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 2006 p. 359.

⁹⁸⁷ En Francia, el artículo 69 del Título VI de la Constitución de 1799 prescribió: “Las funciones de los miembros del senado, o del cuerpo legislativo, o del tribunado, las de los cónsules y las de los consejeros de estado, no dará lugar a responsabilidad alguna”. Igualmente, la Ley 16 de 24 de agosto de 1790 les prohibió a los jueces inmiscuirse en asunto del poder legislativo o intervenir en el ejercicio de actividades estatales, con lo que quedó un principio de responsabilidad estatal por la función legislativa. Cfr. VERA SANTOS, José Manuel, *Las Constituciones de Francia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 192-200.

Tras los pronunciamientos judiciales como los del Consejo de Estado en el caso Rothschild (1855) y la sentencia del Tribunal de Conflictos en el caso Blanco (1873), hitos jurisprudenciales que contribuyeron a la consolidación de la jurisdicción administrativa, se aceptó que la administración pública (función ejecutiva estatal) podía ser sujeta a juicio en relación con su actividad, pero que este debía regirse por unos parámetros normativos diferentes al Código Civil y, por tanto, se debía elaborar una teoría propia de la responsabilidad de la administración, pues esta actúa en ejercicio de una potestad pública y no como un sujeto más de derecho privado; de allí que era indispensable un órgano judicial habilitado para juzgar la actividad administrativa bajo un marco normativo diferente para solventar estas controversias, postura que, sin lugar a dudas, fortaleció al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado como un mecanismo jurídico de control muy importante cuando la conducta de los poderes públicos producía daños. Igualmente, los fallos *Pelletier* de 1873 y *Cadot* de 1889 del Consejo de Estado francés acabaron con la distinción entre la falta personal imputable solamente al funcionario y la falta del servicio imputable a la administración⁹⁸⁸.

Pese a este avance de factura jurisprudencial orientado a estructurar la responsabilidad directa y subjetiva de la administración pública, la inmunidad jurisdiccional del Estado por la función del legislador se prolongó bajo el argumento de que la ley era el culmen de la manifestación del soberano y representaba la voluntad general, incapaz de desatar consecuencias lesivas a los administrados, por ello resultaba inane discutir y menos plantear un contencioso de responsabilidad estatal.

En efecto, el principio de irresponsabilidad del Estado legislador se puede percibir en diferentes posturas jurisprudenciales del Consejo de Estado

⁹⁸⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo I, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 464.

francés como por ejemplo *l'arrêt Duchâtellier*⁹⁸⁹ de 1838, que concluyó que el Estado no debía ser responsable por el hecho de la ley, *a fortiori* cuando prohibaba el interés general, pues como expresión suprema de la soberanía parlamentaria, formulada de manera general y abstracta, no podía causar daños antijurídicos. Lo anterior fue ratificado por *l'arrêt Ferrier* del 6 de agosto de 1852, en la que se rechazó la demanda por los daños ocasionados con la Ley del 2 de mayo de 1837 que suprimió la telegrafía privada y por *l'arrêt Moroge* del 5 de febrero de 1875 que negó el resarcimiento a un fabricante de los daños producidos por la Ley del 2 de agosto de 1872, creadora del monopolio de cerillas.

Igualmente, la infalibilidad del Estado-legislador se vio reflejada en las decisiones del Consejo de Estado francés en el caso de *Edouard Premier et Charles Henry*, fabricantes del néctar conocido como ajenjo, quienes solicitaron reparación por los daños padecidos con ocasión de la Ley del 16 de marzo de 1915, la cual prohibía la fabricación de *absmthe* (ajenjo). El alto tribunal francés desestimó la pretensión indemnizatoria por considerar que dicha ley era una medida general orientada a prevenir la fabricación de productos peligrosos para la salud pública y concluyó que el legislador

⁹⁸⁹ El señor Duchâtellier era fabricante de un sucedáneo del tabaco, pero la Ley del 12 de febrero de 1835 prohibió la fabricación, circulación y venta del sucedáneo del tabaco o del tabaco ficticio, en aras de garantizar la conservación del monopolio fiscal. El Consejo de Estado francés no reconoció ninguna indemnización a quienes, con esta prohibición, se hubieren perjudicado en sus intereses patrimoniales. Dijo el fallo: "Considerando que el Estado no debe ser responsable de las consecuencias de las leyes que, en atención al interés general, prohíben el ejercicio de una industria: que del Estado no pueden reclamarse otros créditos que los nacidos de contratos formalizados por el Estado o de disposiciones formales de las leyes; que, por una parte, M. Duchâtellier no ha indicado la existencia de contrato alguno con el Estado; que, por otra, la Ley de 12 de febrero de 1835, al declarar prohibida la fabricación de *tabac factice* no ha abierto derecho alguno de indemnización en favor de los individuos que se hallaban dedicados a esta fabricación; que, por tanto, M. Duchâtellier no puede exigir indemnización, ni por la pérdida de su industria, ni por el cierre de su establecimiento, ni por los diversos daños derivados de la prohibición": Consejo de Estado francés, sentencia del 11 de enero de 1838, *Duchâtellier, Roche et Lebon*, tomo VII, 7/8. Citado por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, 1972, 68, p. 70. Cfr. MARCEAU Long, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre, GENEVOIS, BRUNO, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18 edición, Dalloz, París, 2011, p. 312.

no había previsto ningún régimen de indemnización para los demandantes⁹⁹⁰.

Estas posturas jurisprudenciales que no aceptaban el sometimiento del Estado-legislador al derecho, se ajustaban con la doctrina administrativa en boga que consideraba que la construcción de un derecho a la reparación por los daños causados por la aplicación de la ley no era compatible con la soberanía del legislador. El dogma de la irresponsabilidad del Estado-legislador dominó durante un siglo en el sistema contencioso francés, así lo manifestó el vicepresidente del *Conseil d'Etat* Laferrière:

“[Es] una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación. Solamente el legislador puede apreciar, a la vista de la naturaleza y gravedad del daño y de las necesidades y recursos del Estado, si debe acordar tal compensación: la jurisdicción no puede sino evaluar el montante de la misma, sobre las bases y en la forma prevista por la ley (...) De todo lo que precede resulta que las cuestiones de la indemnización que nacen de la ley no derivan sino de la ley; la jurisdicción administrativa no puede conocer de una acción tendente a establecer una indemnización a cargo del Estado, salvo si el mismo legislador ha creado tal acción”⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Dijo la sentencia: "Considerando que la Ley de 16 de marzo de 1915 que, con carácter general, con la exclusiva finalidad de impedir la elaboración de productos peligrosos para la salud pública, ha dictado la prohibición de la fabricación de ajenjo y no ha previsto el abono de indemnización alguna en favor de los industriales cuyos intereses deban ser afectados por la prohibición antedicha; que si bien la Ley de 29 del mismo mes ha exigido a los fabricantes ciertas declaraciones en vista de las compensaciones que pudiera eventualmente acordar en su favor una ley ulterior, la medida que el legislador se ha reservado adoptar no puede ser fiscalizada aquí; que la sociedad reclamante, por otra parte, no invoca ninguna obligación contractual que sea menoscabada por la Ley de 16 de marzo de 1915." Consejo de Estado francés, sentencia de 29 de abril de 1921, *Société E. Premier et C. Henry*, Rec. p. 424. Citado por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", *op. cit.*, p. 80.

⁹⁹¹ LAFERRIERE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^{éd}, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 2, p. 12. Citado por Juan Alfonso Santamaría Pastor, *op.cit.*, p. 73.

Duguit, al respecto, dijo:

“Es evidente que tomadas en si las dos nociones de responsabilidad y de soberanía son antinómicas, porque si el Estado se considera soberano no puede admitirse que sea responsable y si se afirma que es responsable, no puede admitirse que sea soberano. O la soberanía es nada, o ella es, como se ha dicho, ese rasgo de voluntad que no se determina sino por sí misma, es decir, que no puede limitarse por un elemento extraño, ni sometido a obligaciones sino en la medida en que es consentida. De ahí resulta que una persona soberana no puede ser responsable de sus actos, esto es, sometida a una obligación que se imponga a ella desde el exterior, o por lo menos no puede serlo en la medida en que lo quiera”⁹⁹².

Por su parte, Jèze sostiene que las normas, por el hecho de ser generales, abstractas e impersonales, son la manifestación pura de la soberanía y, por tanto, no pueden dañar a nadie, no tienen por vocación producir daños. En consecuencia, la inexistencia de *préjudice spécial* determina la falta de responsabilidad:

“Es un principio indiscutido del derecho francés que el ejercicio del poder legislativo no compromete la responsabilidad pecuniaria del Estado. Ello no se debe, como algunos han pretendido, a que se trate del ejercicio del poder público. Estas son fórmulas vacías de sentido. Se debe, más bien, a que el legislador se mueve en un campo en el que no encuentra ante sí — y, por tanto, no puede lesionar— derecho individual alguno. Actúa mediante actos generales e impersonales. Ahora bien, condición de existencia del derecho a indemnización es la existencia de un perjuicio excepcional, esto es, que un individuo sea colocado por un acto fuera de las condiciones normales. El legislador jamás pone a un individuo fuera de las condiciones normales mediante un acto legislativo propiamente dicho, porque la ley tiene como característica esencial el ser general e impersonal”⁹⁹³.

⁹⁹² Citado por URUETA AYOLA, Manuel, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado”, en *Recopilación Universidad Santo Tomas de Bucaramanga*, Facultad de Derecho, Bucaramanga, 2005, p.3.

⁹⁹³ JÈZE, Gaston, *Revue de droit public*, tomo XXIV, 1907, pp. 452 y ss. Citado por Juan Alfonso Santamaría Pastor, *op.cit.*, p. 74. Pese a esta constatación del principio de irresponsabilidad, es menester mencionar dos decisiones insulares, entre otras: *l'arrêt Compagnie PLM* y *l'arrêt Société Mines de Joudreville*, en las que el Consejo de Estado francés reconoció a estas sociedades mineras, concesionarios del Estado, el derecho a una reparación por el daño padecido en razón de la Ley del 27 de junio de 1880, cuyos efectos eran retroactivos, la cual otorgaba poderes a los prefectos para prohibir explotaciones subterráneas cercanas a líneas de tren; los demandantes sufrieron cambios intempestivos en sus obligaciones contractuales. Por ello, se condenó al Estado

Debe destacarse que el dogma de la irresponsabilidad del Estado-legislador llegaría en algunos ordenamientos jurídicos contemporáneos a su fin por dos caminos, una por una *vis* normativa y otra por una *vis* jurisprudencial.

2. El abandono de la teoría de la irresponsabilidad del Estado legislador

El Estado constitucional se inclina resueltamente por superar el dogma de la irresponsabilidad del Estado-legislador. Al respecto, es importante estudiar dos experiencias relevantes de derecho comparado –la española y la francesa- con fundamentos y perspectivas diferentes. En primer lugar la española, en donde se abrió la posibilidad de la responsabilidad del Estado-legislador con fundamento legal y se ha fortalecido con el devenir del tiempo con el desarrollo jurisprudencial que ha llevado incluso a superar los linderos positivizados (2.1). En segundo lugar la francesa, en donde, si bien existían discretas manifestaciones normativas, el dogma de la irresponsabilidad estatal por la función legislativa fue superado por un importante desarrollo jurisprudencial (2.2). Por último, se analizará el caso colombiano, el cual inicialmente incorporó en el derecho positivo eventos de responsabilidad y luego produjo por primera vez una cláusula general de responsabilidad en la Constitución de 1991; no obstante, fue el gran desarrollo jurisprudencial, en cabeza del Consejo de Estado, el que estructuró y consolidó el instituto de responsabilidad estatal, particularmente, en relación al Estado-legislador (2.3).

a indemnizar a sus cocontratantes por las modificaciones introducidas en virtud de la ley, aunque se afirmó que el Estado-legislador sólo responde cuando la propia ley haya previsto expresamente el derecho de resarcimiento. Consejo de Estado francés, sentencias de 27 de julio de 1906, *l'arrêt Compagnie PLM*, Rec y de 2 de marzo de 1932, *l'arrêt Société Mines de Joudreville*, Rec., p. 246.

2.1. La responsabilidad del Estado-legislador en España: un importante predominio del derecho reglado con una puntual y polémica intervención judicial

La responsabilidad del Estado-legislador en España se caracteriza por un predominante encauzamiento de corte legal⁹⁹⁴, aunque con el devenir del tiempo los diferentes fallos judiciales han venido fortaleciendo este tipo de responsabilidad. Así lo revela la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (artículo 121) en la que se instituyó la responsabilidad patrimonial de la administración: “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.”⁹⁹⁵

Más tarde el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 26 de julio de 1957, precisó: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Pero, es en la Constitución de 1978 que se establece una importante cláusula general de responsabilidad del Estado (artículo 106.2), cuyo desarrollo corresponderá al legislador: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los

⁹⁹⁴ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, et al, *Manual de derecho administrativo*, vol I, Ariel, Barcelona, 1998, p. 541.

⁹⁹⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1954-15431> (09/10/2015).

casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

De acuerdo con lo anterior el instituto de la responsabilidad estatal se extiende (i) a cubrir los daños antijurídicos producidos con ocasión de una actividad lícita o ilícita de la administración y (ii) se excluyen los casos de fuerza mayor.

Más adelante, el artículo 139-3 de la Ley 30 de 1992 -Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, dispuso lo siguiente: “Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.”

Por tratarse de una responsabilidad de origen puramente normativo, García de Enterría insinúa una especie de inmunidad cuando el legislador ha guardado silencio, lo cual impediría al juez interferir en la voluntad del legislador, so pena de atentar contra el principio democrático. Al respecto, afirma⁹⁹⁶:

“Que las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones por el hecho de las leyes interfieren directa y gravemente la propia potestad legislativa me parece una evidencia manifiesta. (...).

Resulta con ello perfectamente claro que la atribución del deber indemnizar por las posibles y diversas afecciones económicas que cualquier ley puede producir supone una injerencia directa en el contenido mismo del Poder Legislativo, la eficacia de cuyos productos normativos quedará condicionada por decisiones judiciales eventuales y aisladas.

⁹⁹⁶ GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Thomson-Civitas, Arazandi, 2005, pp. 122 a 124.

Este poder de interferir la eficacia misma de las leyes, adicionando a su contenido decisiones que ellas o excluyeron expresa o implícitamente o que ni siquiera consideraron como posible, no está, por de pronto, a la disposición del Tribunal Constitucional, que tiene una competencia específica para enjuiciar las leyes y que lo más que puede hacer es eliminar del ordenamiento la ley impugnada en cuanto contraría a la Constitución o incluso hacer preceptiva una determinada interpretación conforme a la Constitución, esto en términos absolutos, adicionar a su contenido preceptos nuevos, que es un atributo esencial y exclusivo del propio Poder Legislativo, en cuanto representación del pueblo español. En ningún sistema constitucional ni ordinario, puede enmendar leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático. (...)

De este modo, se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de este; voluntad de que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez, incluso, por supuesto, del juez constitucional. (...)

En ningún país, no solo en España, ocurren las cosas de otra manera...Y hemos de añadir aún: ni pueden ocurrir, pues otra cosa significaría una desnaturalización radical del papel de la justicia, que se vería investida de un sorprendente poder normativo directo frente a la representación popular o soberana”.

Alonso García formula algunas críticas al apartado 3º del artículo 139 de la Ley 30 de 1992 que sintetiza así:

“i) La norma omitió referirse al concepto daño o lesión, indispensable en cualquier análisis de responsabilidad patrimonial; ii) La antijuridicidad está situada en la ley que se aplica y no en el daño sufrido por la víctima; iii) La referencia a "derechos" parece ser limitante respecto de los posibles daños que puedan ser sufridos por las víctimas (v. gr. intereses legítimos); iv) Se olvida que la responsabilidad por estos temas también pueden provenir de omisiones legislativas, y v) Desplazar la responsabilidad del verdadero autor a su ejecutor ("las Administraciones Públicas")

plantea serios interrogantes en punto a la particular asignación de competencias del ordenamiento español”⁹⁹⁷.

Por lo anterior, en principio, la inmunidad del legislador impediría adelantar un juicio de responsabilidad por los daños causados por la ley si el legislador no lo contempla; sin embargo, Alonso García⁹⁹⁸ sostiene que el Tribunal Supremo español ha avanzado hacia una obligación resarcitoria del Estado derivada de las leyes, bien por la vía de la defraudación de la confianza legítima consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución o por la vía de las leyes declaradas inconstitucionales.

En cuanto al primer evento, las sentencias que declararon la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley fueron las del 5 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, en las que con ocasión del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, se suprimieron a las empresas pesqueras los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios. Al respecto se dijo:

“la aceptación de la violación del principio de seguridad jurídica o de la confianza legítima ínsita en la ley como argumento en el que basar el resarcimiento de los perjuicios causados por su autor fue acogida por las sentencias relativas a las empresas pesqueras desde el año 1993.⁹⁹⁹ Fue, por consiguiente, la propia acción de fomento del ejecutivo, combinada con la aprobación de la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea, la auténtica artífice del daño causado a los empresarios, quienes habían realizado inversiones para la mejora de su actividad comercial confiando en el mantenimiento del

⁹⁹⁷ ALONSO GARCÍA, María Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 135.

⁹⁹⁸ ALONSO, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric, “La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2011, p.87.

⁹⁹⁹ Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de marzo de 1993. Véase también Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 27 de junio de 1994 y del 16 de septiembre de 1997.

ordenamiento jurídico al menos durante el tiempo necesario para amortizar la deuda contraída”¹⁰⁰⁰.

En otro caso de Leyes sobre Hidrocarburos de Canarias¹⁰⁰¹, el Tribunal Supremo dijo:

“el origen del daño no se encuentra aquí tanto en la creación de un determinado impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo –típico supuesto de desaparición de la antijuricidad del daño (concretado en la obligación de soportar la norma impositiva) como requisito previo al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial–, sino en la imposibilidad de las entidades recurrentes de vender el carburante almacenado a un precio libre, ya que este lo fija el gobierno mediante disposición reglamentaria”¹⁰⁰².

Posteriormente, el Tribunal Supremo consideró en otro caso como daño indemnizable:

“los perjuicios ocasionados a los propietarios de diversas parcelas radicadas en las Islas Baleares afectados por la declaración, mediante ley del Parlamento Autonómico, como áreas protegidas”¹⁰⁰³. El argumento fue el siguiente: “no solo el carácter singular de la ley originaria del perjuicio, que adoptaba contenidos materialmente administrativos que no corresponden en absoluto a una disposición legislativa (lo cual es una operación que en ningún caso está vedada ni a las cortes generales ni a los parlamentos autonómicos en España), sino la previsión de un supuesto similar en el ámbito urbanístico, que permite la indemnización por un cambio de calificación de los terrenos adoptado por un plan urbanístico cuando,

¹⁰⁰⁰ ALONSO, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ, Eric, *op.cit.*, p. 88.

¹⁰⁰¹ Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 8 de octubre de 1998 y del 9 de octubre de 1998.

¹⁰⁰² ALONSO, María Consuelo, LEIVA RAMÍREZ, Eric, *op.cit.*, p. 88.

¹⁰⁰³ Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de febrero de 1998. En similar sentido, véase, Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de marzo de 1998.

por causa imputable a la administración, no hayan podido adquirirse las facultades propias del proceso urbanizador, o no se hayan respetado los plazos previstos en la propia planificación para su ejecución”.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico español ha aceptado la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes declaradas inconstitucionales incluso antes de que fuera expedida la Ley 30 de 1992. Al respecto, la decisión proferida por la Magistratura de Trabajo n.º 11 del 2 de enero de 1978 consignó lo siguiente:

“El Legislador está vinculado al respeto de las situaciones consolidadas, particular que ha ignorado quebrantando el principio de los derechos adquiridos, consagrado en tantos textos legales que se hace imposible su enumeración, y, sobre todo, creando en base a una conducta lícita una sanción o una carga a quien en su día los Trabajadores absolvieron; quizás en la parte referente a la materia de Seguridad Social, puede, si verdaderamente tiene naturaleza pública, incidir por medio de la Ley de Amnistía, pero en el patrimonio privado únicamente, se repite, se puede entrar por vía indemnizatoria”¹⁰⁰⁴

Otros casos datan del año 2000¹⁰⁰⁵, en el que se irrogaron perjuicios a determinados empresarios por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 5ª del 29 de junio de 1990, que creó una tasa fiscal a un determinado tipo de máquinas recreativas. A partir de dicha declaratoria, una empresa demandó una indemnización por los daños causados con ocasión de la ley declarada inexecutable. En aquella providencia el Tribunal consideró:

“[L]a acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el poder legislativo no implica dejar sin efecto la

¹⁰⁰⁴ Citado por BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe, *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador*, Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2007, p. 39.

¹⁰⁰⁵ Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 29 de febrero de 2000; del 13 de junio de 2000 y del 15 de julio de 2000. A estas les siguieron sentencias del 30 de septiembre de 2000 y del 27 de diciembre de 2000. Citadas por ALONSO, María Consuelo y, LEIVA RAMÍREZ, Eric, *op.cit.*, p. 90.

confirmación de la autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó. (...) Concurren, pues, los requisitos para que declaremos la obligación de la Administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional”.

Por lo anterior, aunque se ha consagrado legalmente la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en la Ley 30 de 1992, subsisten serios problemas para declararla pues en el ordenamiento jurídico español existe un obstáculo considerable en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica n.º 2 de 1979 del Tribunal Constitucional, que disciplina los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad *ex nunc*, lo que imposibilita revisar procesos nacidos al amparo de la disposición expulsada del ordenamiento jurídico, con lo que queda puesta en cuestión la facultad pretoriana del juez de daños¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁶ Prescribe la disposición: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.” Pese a esto, el Tribunal Supremo español en un interesante pronunciamiento sostuvo: “La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta: al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión”: Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2000.

2.2. La responsabilidad del Estado legislador en Francia: una discreta intervención del derecho positivo y una fuerte participación jurisprudencial

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano incorporó en el artículo 17¹⁰⁰⁷ el deber de indemnización del Estado en temas relativos a la propiedad; sin embargo, la responsabilidad del Estado-legislador cuya inmunidad se basaba en el carácter general de la ley fue puesta en tela de juicio por vía jurisprudencial el 14 de enero de 1938 con el fallo *La Fleurette*¹⁰⁰⁸, con lo cual se supera, por primera vez, la idea irreconciliable de armonizar el principio de responsabilidad y el de soberanía legislativa; aunque se consagró un régimen de responsabilidad singular, ya que se fijó con base en los efectos que la ley producía al momento de su aplicación y no en la ley en si misma, es decir, que no se trató de un régimen contencioso por el hecho de la ley, sino por los efectos generados de su aplicación. Al respecto, la referida sentencia señaló:

“Considerando que según los términos del artículo 1º de la Ley 29 de junio de 1934 relativa a la producción de los productos lácteos: “Está prohibido fabricar, promover, poner en venta o vender, importar, exportar o traficar: “1) bajo la denominación de crema seguida o no de un calificativo o bajo una denominación de fantasía cualquiera, un producto que presente el aspecto de la crema, destinado a los mismos usos, no proveniente en forma exclusiva de la leche, la

¹⁰⁰⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Artículo 17: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una *justa y previa indemnización*.” (se destaca)

¹⁰⁰⁸ La Sociedad de productos lácteos *La Fleurette* fabricaba en su planta de Colombes un producto denominado “*gradine*” -nata-, crema compuesta de leche, aceite de cacahuete y yema de huevo que venía a constituir un sucedáneo de la leche y no era peligroso. La ley del 29 de junio de 1934, relativa a la protección de los productos lácteos, prohibió la fabricación y el comercio en todos los productos destinados a las mismas aplicaciones de la crema y que no provenían exclusivamente de la leche, lo que obligó a la Sociedad a cesar sus actividades comerciales. La Sociedad acudió ante el Ministerio de Agricultura en demanda de indemnización, pero su petición fue desestimada. La Sociedad demandó ante el *Conseil d'Etat* que se condenara al Estado al pago de los daños sufridos como consecuencia de la aplicación de la Ley de 29 de junio de 1934. *Consejo de Estado francés, 14 de enero de 1938, Société Anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec. 25.

agregación o adición de materias grasas distintas está, especialmente prohibida”.

“Considerando que la prohibición así decretada en favor de la industria lechera ha colocado a la Sociedad recurrente en la obligación de cesar en la fabricación del producto que ella explotaba anteriormente bajo el nombre de *Gradine*, el cual quedaba comprendido en la definición dada por el artículo 1º de la ley precitada y en la cual no ha sido alegado que presentara un peligro para la salud pública; que nada, ni el texto mismo de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el contexto de las circunstancias del asunto, permite pensar que el legislador ha tenido la intención de hacer recaer sobre el interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, creada en vista de un interés general, debe ser soportada por la colectividad; que se desprende de esto que la Sociedad *La Fleurette* tiene fundamentos para solicitar que el Estado sea condenado a pagarle una indemnización en reparación del perjuicio sufrido por ella (...)”¹⁰⁰⁹.

Se puede constatar que el Consejo de Estado francés hizo una clara separación entre el objeto principal de la ley -la protección de la industria lechera- y la carga soportada por la sociedad recurrente -la obligación de cesar la fabricación del producto derivado de la *gredine*-; es así como después de constatar una carga no prevista o no advertida por la ley, se buscó establecer si el legislador tuvo la intención de excluir la reparación del perjuicio considerado como no soportable por el administrado. Se observa como el juicio de reparación se estudió en función de la aplicación de la ley y no del perjuicio sufrido por la víctima. Por ello, se constata una separación entre el objetivo perseguido por el legislador y la carga padecida por el recurrente, y no se aceptó que bajo la invocación del interés general, el recurrente deba soportar un sacrificio que no le incumbe normalmente sin haber sido previamente reparado. En consecuencia, a la luz del fallo, solo pueden ser reparados los perjuicios no previstos por la ley, los que aunque resultan de la ley, están divorciados de los objetivos que el legislador introdujo.

¹⁰⁰⁹ CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. file:///C:/Users/MAG_S305/Downloads/Arr_t_La_Fleurette.pdf (15/08/2015).

La doctrina francesa ha precisado que el fallo *la Fleurette* no erigió un régimen de responsabilidad del Estado legislador basado en el título de imputación denominado “daño especial” y en el principio de igualdad ante las cargas públicas, cuya fuente es el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789¹⁰¹⁰. El fundamento fue contrarrestar la carga padecida por el administrado con el objetivo perseguido por el legislador sin entrar a estudiar los caracteres y efectos propios del perjuicio. Así las cosas, la responsabilidad del Estado reposaba sobre las condiciones no deseadas ni previstas por el legislador, las cuales se representaban para el juez contencioso como anormales¹⁰¹¹, empero, no se reparaban los daños derivados de los efectos normativos previstos y deseados por el legislador, pues para dichos perjuicios se aplicaba el principio de irresponsabilidad¹⁰¹².

Fue posteriormente en el fallo *Lacaussade* del 22 de octubre de 1943¹⁰¹³ que se estudió por primera vez los caracteres de la especialidad y gravedad del perjuicio. Esta postura fue ratificada en los siguientes casos:

¹⁰¹⁰ Cfr. BROYELLE, Camille, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 21 y s, p. 86.

¹⁰¹¹ El juicio de responsabilidad trazado a partir de la verificación de la carga anormal inaugurado por el fallo *La Fleurette* fue aplicado en otros casos: Consejo de Estado francés, *Société Chardon*, 1º de marzo, 1940, Rec, p.82.

¹⁰¹² Al respecto, Rivero expresa: “No obstante, la exigencia de un daño especial supone a menudo un obstáculo a la aplicación de la responsabilidad. El problema sólo se plantea en el silencio de la ley: si ella excluyó toda indemnización para los daños que cause (...) basta con aplicar el texto. Si nada previó, el principio tradicional es la irresponsabilidad del

Estado legislador: por regla general, los sacrificios que la ley pueda imponer a los ciudadanos no podrían ser compensados con una indemnización cuando el mismo legislador no previó esta indemnización.” RIVERO, Jean, *Droit administratif*, 13e édition, Jurisprudente Générale Dalloz, 1990, p. 375. Citado por Javier Enrique Torregroza Sánchez, *Responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del legislador*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 15.

¹⁰¹³ Consejo de Estado francés, *Sté des Ets Lacaussade*, 22 de octubre de 1943, Rec. p. 231.

el fallo *Caucheteux et Desmonts* del 21 de enero de 1944¹⁰¹⁴, sobre la prohibición legal de la fabricación de cerveza con productos distintos a la cebada; el fallo *Bovero* del 25 enero de 1963, sobre la prohibición legal de expulsar de los alojamientos a familias cuyos miembros prestaron el servicio militar en África del Norte¹⁰¹⁵; y el fallo *Consorts Chauche* de 1961¹⁰¹⁶, sobre la prohibición de las expulsiones de personas durante el invierno, lo que afectó a algunos propietarios de inmuebles. En estas decisiones se consolidó el título de imputación de responsabilidad del daño especial, figura trasplantada al derecho colombiano. En el fallo *Bovero* se dijo: “[T]al perjuicio constituye, para aquellos que lo experimentan, una carga especial con relación al conjunto de cargas normales que incumben al conjunto de propietarios de vivienda ocupadas por terceros; que, por su gravedad y especialidad, tal perjuicio presenta un carácter excepcional suficiente para determinar, en el silencio de los preceptos legales, la responsabilidad sin falta del Estado”¹⁰¹⁷.

Los fundamentos del fallo *la Fleurette* no fueron más utilizados para definirse la responsabilidad del Estado-legislador, pues ya no era en función de la finalidad de la ley de interés general o de los efectos por ella desencadenados al momento de ser aplicada, sino en función del perjuicio, de los caracteres de especialidad y gravedad, presupuestos que permitirían descifrar si el administrado debía soportar una carga por el hecho de la ley, de conformidad con el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Bajo esta línea de argumentación, en el caso de la *Association por le développement de l’agriculture en région Centre et autres* de julio 30 de 2003, se condenó al Estado por los daños

¹⁰¹⁴ Consejo de Estado francés, *Sieurs Caucheteux et Demont*, 21 de enero de 1944, Rec, p. 22.

¹⁰¹⁵ Consejo de Estado francés, *Sieur Bovéro*, 25 de enero de 1963, Rec, p. 53.

¹⁰¹⁶ Consejo de Estado francés, *Consorts Chauche*, 10 de febrero de 1961, Rec, p. 108.

¹⁰¹⁷ Consejo de Estado francés, *Sieur Bovéro*, Rec, p. 53.

ocasionados con la expedición de la Ley del 10 de julio de 1976, concerniente a la protección de la naturaleza, que afectó a los piscicultores, con lo cual se configuró un perjuicio grave y especial que no incumbía normalmente a los interesados¹⁰¹⁸.

2.3. La responsabilidad del Estado-legislador en Colombia: una inserción de responsabilidad legislada antes y después de la Constitución de 1991 con un importante desarrollo jurisprudencial

La evolución constitucional colombiana permite identificar dos periodos en la historia de la responsabilidad extracontractual. Antes de la Constitución de 1991 se estableció una responsabilidad mixta, tanto de origen legislado como de origen jurisprudencial sobre supuestos fácticos específicos, y después de la Constitución de 1991 con la incorporación de una cláusula general de responsabilidad patrimonial estatal, la responsabilidad del Estado-legislador se ha decantado jurisprudencialmente.

2.3.1. Antes de la Constitución de 1991: responsabilidad estatal de origen mixto

Si bien con la expedición del Acto Legislativo 3 de 1910 y la Ley 130 de 1913 se creó la jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado como órgano supremo, existen algunos antecedentes de responsabilidad estatal de origen normativo a partir de la fundación de la república. Simón Bolívar, en su calidad de General en Jefe de las tropas destinadas a Cundinamarca, dictó el Decreto del 17 de diciembre de 1814, en donde ordenó “un donativo voluntario” a los habitantes de Cundinamarca para atender las necesidades de la guerra, y consignó la siguiente promesa: “... la Patria agradecida les retribuya algún día del

¹⁰¹⁸ Consejo de Estado francés, *Association por le développement de l'agriculture en région Centre et autres*, 30 de julio de 2003.

modo posible sus servicios”¹⁰¹⁹. Consolidada la independencia con el reino de España, en el Congreso de Angostura de 1819 el Libertador sacralizó la deuda pública. Si bien no es posible identificar este ofrecimiento, que nunca se cumplió, como antecedente de la responsabilidad de origen normativo teniendo en cuenta el origen de la obligación, sí se produjeron durante el siglo XIX las primeras formas de responsabilidad estatal legisladas y se referían a los empréstitos para financiar la guerra y a las expropiaciones realizadas durante la misma; la primera constituyó una forma de responsabilidad contractual y la segunda se fundamentó en el principio *iura quaesita* (derechos bien habidos). Posteriormente, estos conceptos, en especial la responsabilidad por el *iura quaesita* continuaron desarrollándose en diversos dispositivos dedicados a los daños producidos con ocasión de las guerras civiles¹⁰²⁰; es decir, los fundamentos legales de la responsabilidad extracontractual del Estado nacieron como consecuencia de las guerras civiles desatadas con posterioridad a la independencia.¹⁰²¹

Si bien existieron algunos casos de responsabilidad legislada, estos fueron los únicos por cuanto no existió un principio general de responsabilidad estatal por daños. Por esta razón, inicialmente la Corte Suprema de

¹⁰¹⁹

<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80271286108137839600080/index.htm> (28/03/2012).

¹⁰²⁰ Cfr. CUELLO IRIARTE, Gustavo, CUELLO HERMIDA, Adriana y PUERTO VALENCIA, Jenaro Andrés, *El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado – Historia, Legislación, Jurisprudencia-*, Procuraduría General de la República, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2009, pp. 2

¹⁰²¹ Al estallar la guerra civil durante los años 1876-1877 se vulneró el derecho de propiedad de los habitantes del territorio, ante lo cual el Congreso de los Estados Unidos de Colombia expidió una serie de leyes de carácter nacional como las leyes 67 de 1877, 57 de 1878 y 60 de 1878, a través de las cuales se fundaron los principios de derecho público deslindados de los códigos civiles estaduales o de la Unión y se justificó las indemnizaciones por expropiaciones con ocasión de la guerra, al amparo de la Constitución de 1863. Cfr. ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *¿Estado Irresponsable o Responsable? La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 133.

Justicia, como cabeza de la jurisdicción ordinaria, realizó un importante esfuerzo pretoriano para fundamentar una responsabilidad indirecta del Estado fundamentada en el Código Civil (artículos 2347 y 2349 *-culpa in eligiendo y culpa in vigilando-*) y luego una responsabilidad directa y subjetiva y, posteriormente el Consejo de Estado, como juez supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, dio un importante salto cualitativo al cimentar la responsabilidad estatal en principios de derecho público y el derecho privado pasó a ser una fuente normativa secundaria¹⁰²².

La Constitución Política de 1991, por primera vez en el derecho colombiano, contiene una norma expresa direccionada al reconocimiento de la responsabilidad general del Estado, que prescribe:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

El inciso primero de esta norma suscitó un cambio fundamental en la concepción predominante sobre la responsabilidad del Estado, antes fundamentado en la calificación de la antijuridicidad de la conducta estatal, como requisito *sine qua non* para la indemnización de perjuicios. Sólo es necesario bajo el nuevo precepto constitucional la prueba de los siguientes elementos para la declaratoria de responsabilidad del Estado:

¹⁰²² Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, “Responsabilidad extracontractual del estado: análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, Edición Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, p. 10 y ss.

(i) La existencia de un daño antijurídico¹⁰²³ y (ii) la imputabilidad de dicho daño a una actuación estatal¹⁰²⁴.

Por lo anterior, si bien en Colombia hubo algunas manifestaciones puntuales de responsabilidad legislada antes de 1991, fue en el terreno judicial en el que se operó una clara influencia del modelo francés de cuño jurisprudencial en relación a la responsabilidad del Estado por la función legislativa.

2.3.2. A partir de la Constitución de 1991: hacia una responsabilidad del Estado-legislador de raigambre jurisprudencial

Después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Consejo de Estado conoció una demanda de responsabilidad por la muerte de una mujer en la toma guerrillera del Palacio de Justicia (6 y 7 de noviembre de 1985), en la que la entidad pública demandada alegó que “ni

¹⁰²³ El concepto de daño antijurídico fue desarrollado principalmente por la doctrina española con fundamento en la Constitución de 1978, la cual fue uno de los principales focos de inspiración del constituyente para la construcción del instituto general de responsabilidad patrimonial del Estado. García de Enterría comenta que “[l]a calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 176 y 177. El proyecto para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente es claro en afirmar que “se predica que existe daño antijurídico cuando ‘se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social’, recordando así que se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella”. Gaceta Constitucional, N° 77 de 20 de mayo de 1991, p. 9.

¹⁰²⁴ Este requisito consiste en la atribución jurídica que del daño se hace al poder público. Cfr. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 16 y ss.

los actos legislativos, ni los actos de gobierno, ni los actos del juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, cualquiera que fuesen las faltas imputables a sus representantes o agentes”; la justicia administrativa rechazó estos argumentos que conducían a la irresponsabilidad del Estado por el hecho de las leyes¹⁰²⁵.

Posteriormente, el Consejo de Estado rechazó la posibilidad de comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos de la Asamblea Constituyente de 1991, por cuanto estimó que las actuaciones de este órgano eran soberanas y no susceptibles de ningún control jurisdiccional,¹⁰²⁶ tesis que se ha mantenido hasta el presente.

En 1998¹⁰²⁷, el Consejo de Estado, por primera vez en la historia de la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, admitió que el Estado en cumplimiento legítimo de su función legislativa podía ser agente generador de daños para los administrados¹⁰²⁸ y condenó a lo condenó

¹⁰²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1995, rad. 9273: “No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho (art. 1º de la C. N.) so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados”. Sin embargo, es preciso advertir que se condenó patrimonialmente al Estado no por el hecho del legislador sino por haberse demostrado falla en el servicio cometida por acción y por omisión de la fuerza pública y de los organismos de seguridad estatales.

¹⁰²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de diciembre de 1995, rad. 470.

¹⁰²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001. Se citaron como uno de sus fundamentos los registros jurisprudenciales franceses de los fallos *Caucheteux* y *Desmots*.

¹⁰²⁸ El antecedente primigenio de la responsabilidad patrimonial por el hecho de la ley es la decisión del Consejo de Estado de julio 29 de 1947 donde se consideró responsable a la administración por los daños ocasionados al periódico *El Siglo*. En virtud de un decreto con fuerza de ley expedido al amparo del estado de sitio, se ordenó la suspensión temporal del periódico en 1944. El Consejo de Estado invocó por primera vez el título de imputación de daño especial como fundamento de la responsabilidad sin falla, por el perjuicio excepcional y anormal ocasionado por la administración a los demandantes que

por los perjuicios causados a la parte actora en virtud de la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena¹⁰²⁹. Se consideró que la Ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas había impuesto una carga desigual en cabeza de las víctimas de daños ocasionados por agentes diplomáticos al restringir su derecho a la reparación y, por tanto, aplicó un régimen de responsabilidad objetivo tipificado en el daño especial¹⁰³⁰.

Otra línea jurisprudencial es la relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de una ley declarada exequible por la Corte Constitucional. Al respecto, es preciso mencionar las siguientes sentencias: de 25 de agosto de 1998, de 8 de septiembre de 1998¹⁰³¹ que

les produjo un desequilibrio ante las cargas públicas. Consejo de Estado, sentencia de julio 29 de 1947. Ref: "El Siglo S.A", A.C.E., Año XIX, Tomo LVI, No 357-361.

¹⁰²⁹ Se trató del caso de un ciudadano que murió al ser atropellado en Bogotá por un vehículo conducido por un funcionario de la Embajada de los Estados Unidos amparado con inmunidad diplomática.

¹⁰³⁰ No son prolijas las referencias de la doctrina que corrigen este error de trasplante histórico relativo al fundamento del daño especial para casos de responsabilidad por el hecho del legislador. Después del *arrêt La Fleurette* se presentaron en Francia decisiones judiciales en las cuales se reconoció el deber de reparación con base en el daño especial: "Dentro de esos casos, podrían citarse los *arrets Caucheteux et Desmonts* del 21 de enero de 1944 sobre la prohibición legal de la fabricación de cerveza con productos distintos a cebada; *Bovero* del 25 de enero de 1963 prohibición hecha por la ley de proceder a la expulsión de sus alojamientos de familias cuyos miembros prestaron el servicio militar en África del Norte; *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* del 30 de julio de 2003 y *Société Coopérative Ax'ion* del 2 de noviembre de 2005." BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe, *La Responsabilidad Patrimonial del Legislador*, *op.cit.*, p. 19. Los caracteres del daño especial son: (i) el desarrollo de una actividad legítima de la administración -la expedición de una ley-; (ii) el menoscabo del derecho o lesión de una situación jurídicamente protegida de una persona, derivada de dicha actividad; (iii) la imposición de una carga mayor al administrado de la que normalmente debe soportar, que origina el rompimiento del principio de la igualdad de las cargas públicas frente a la ley; (iv) un daño grave y especial, y, (v) la existencia de un nexo causal entre el hecho lícito y el perjuicio infligido.

¹⁰³¹ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 8 de septiembre de 1998, expediente IJ – 002. En esta oportunidad se declaró nuevamente la obligación del Estado de reparar los daños causados por un agente diplomático extranjero que gozaba de inmunidad. Se hizo claridad en esta ocasión que la responsabilidad no se derivaba del contenido cuestionable de la ley controvertida: "(...) desde el punto de vista de la aprobación de la

confirmó de la anterior y la sentencia del 19 de octubre de 2000¹⁰³² que consolidó el criterio de las anteriores.

Estas decisiones con sus numerosas aclaraciones de voto hicieron dos aportes fundamentales que vale la pena distinguir: (i) la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de una ley no depende de su declaratoria de exequibilidad, sino de la antijuridicidad del daño, y (ii) el título jurídico de imputación por excelencia, es el de daño especial, aspecto que fue confirmado, más tarde, por la sentencia del 26 de septiembre del 2001: “esta Corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales”¹⁰³³.

CAPÍTULO II: EL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO

La omisión del legislador puede comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados a las víctimas, quienes pudiendo ser beneficiarios de disposiciones constitucionales, de derecho internacional o comunitario no lo son, por

Convención, no es predicable la existencia de un error legislativo en la Ley 6ª de 1972, que dicho sea de paso se limitó a aprobar el texto íntegro de la Convención de Viena, sobre inmunidad de jurisdicción, elaborada y fruto de la conferencia realizada en Viena el 18 de abril de 1961, a más de que no podría endilgarse omisión en la labor legislativa, bajo el entendido de que las leyes internas no podrían modificar, derogar o suspender un tratado internacional, lo cual no significa, desde luego, que la necesidad de cumplir con los convenios internacionales impida que a nivel interno, en caso de conflicto entre los intereses nacionales con respecto a las obligaciones internacionales, no pueda ser objeto de revisión observando los procedimientos adecuados para ello que tiendan a una eventual modificación o enmienda del tratado o convenio. El deber de reparar provenía entonces de la imposibilidad en que el conjunto de los poderes públicos el ejecutivo y el legislativo al celebrar el tratado y aprobarlo por medio de una ley y el judicial por la negativa de la Corte Suprema de Justicia de admitir la demanda había colocado a la víctima de reclamar el daño sufrido a su autor material”.

¹⁰³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2000, rad. 13945.

¹⁰³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002, rad. 4.458.

ausencia del precepto normativo interno destinado a desarrollar el mandato constitucional o supraestatal; los perjuicios se concretan en la privación de beneficios o ventajas provenientes bien sea de un silencio absoluto del legislador o por una discriminación normativa de orden relativo.

En este capítulo se expondrá¹⁰³⁴, en primer lugar, que el fundamento de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados con ocasión de una *mora legislatoris* se basa en la violación del principio de la confianza legítima, por cuanto se despoja a las víctimas de expectativas ciertas y razonables de recibir beneficios o ventajas como consecuencia de la omisión normativa (1). En segundo lugar, se sustentará que para establecer la responsabilidad estatal por defraudación de la confianza legítima no es indispensable la conexión causal con la omisión, la cual es hasta ahora concebida como un presupuesto esencial del instituto de responsabilidad por daños (2).

1. La vulneración de la confianza legítima por omisión de desarrollo de mandatos al legislador como fundamento de la responsabilidad estatal

La identificación de encargos al legislador de rango imperativo contenidos en cartas constitucionales y ordenamientos supraestatales no generan automáticamente a sus posibles beneficiarios derechos subjetivos definitivos y vinculantes y que, por ende, hayan ingresado a su patrimonio, por cuanto necesitan la *interpositio legislatoris*; pero, sí se trata de expectativas legítimas de desarrollo normativo consistentes en el anhelo de recibir un beneficio o una ventaja, cuya frustración ante la conducta omisiva del legislador merece ser reparada.

¹⁰³⁴ Este acápite tomara como base para apoyar los fundamentos teóricos la sentencia del Consejo de Estado colombiano proferida el 31 de agosto de 2015, rad. 22637

Las manifestaciones del principio democrático que pueden eventualmente implicar la infracción a expectativas legítimas o estados de confianza creados por los mismos encargos legislativos hacen necesario incluir dentro del ámbito de situaciones jurídicamente protegidas por el instituto de la reparación de daños no solo los derechos adquiridos o situaciones jurídicamente consolidadas sino también las expectativas legítimas y los estados de confianza, manifestaciones que germinan en el terreno de la confianza legítima. El alcance restrictivo de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley declarada exequible delineada por la línea tradicional jurisprudencial colombiana, como el no amparo de expectativas legítimas o estados de confianza creados por el mismo Estado, genera una especie de inmunidad jurisdiccional del legislador, quien en cumplimiento de su función constitucional puede también con sus omisiones desconocer estas dos situaciones y producir daños antijurídicos a los asociados, de lo que se infiere que es preciso incluir tanto las expectativas legítimas de desarrollo normativo como los estados de confianza dentro del ámbito de protección del instituto de la reparación.

Se encuentra que de conformidad con el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (hoy 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa comprenden los hechos u omisiones imputables al Estado en ejercicio de la función legislativa, cuyos daños antijurídicos pueden también producirse por la vulneración de expectativas legítimas o estados de confianza, es decir, la denominada responsabilidad del Estado legislador también incluye las situaciones de violación al principio de la confianza legítima, la cual abarca estas dos fases.

Siendo esto así, es claro que el rol del juez contencioso administrativo al hacer un análisis de los daños antijurídicos ocasionados por la actividad e

inactividad del Estado no se reduce exclusivamente a la reparación de derechos vulnerados, sino también extiende su atención a expectativas legítimas y estados de confianza creados y defraudados por él mismo (artículos 2 y 83 de la Constitución y 86 del C.C.A y 140 del C.P.A.C.A).

En efecto, el estudio de la responsabilidad del Estado-legislador no puede depender únicamente de que se afecten derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas con la expedición de una ley, en tanto que el juez contencioso administrativo garante de la cláusula general de responsabilidad estatal, deberá analizar si por acción u omisión legislativa también se vulneran aquellas expectativas legítimas y estados de confianza que pese a no tener las características de un derecho adquirido o una situación jurídicamente consolidada es fuente de daños imputables al Estado-legislador.

En ese orden, en el caso de la responsabilidad por el hecho del legislador el daño puede provenir de la vulneración de diferentes situaciones jurídicas frente a las cuales el instituto de la reparación opera. Entre estas cabe distinguir:

Primero. *Los derechos subjetivos -jura quaesita- y situaciones jurídicamente consolidadas.* Los derechos adquiridos son “aquellos que han entrado en [el] patrimonio, que hacen parte de él, y que nadie [los] puede arrebatar”¹⁰³⁵, es decir, son situaciones jurídicas que se consolidaron bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, ingresaron definitivamente al patrimonio de su titular¹⁰³⁶; por ende, están protegidas de todo “acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia

¹⁰³⁵VALENCIA ZEA, Arturo, ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil. Parte civil y personas*, Tomo. I, Temis, Bogotá, 2002, p. 206.

¹⁰³⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-789 del 24 de septiembre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Constitución lo garantiza y protege”¹⁰³⁷. Además pueden tener fundamento suficiente o complementario, según el caso, en los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para Colombia.

Segundo. *Las expectativas legítimas de desarrollo normativo -jus existens in spe-*. Se trata de situaciones legales en fase de formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas de desarrollo normativo que surgen en virtud de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo “suficientemente concluyentes (...) que orient[a]n al ciudadano hacia una determinada conducta”¹⁰³⁸, y a pesar de no ser “parte del patrimonio de un individuo, tienen certeza de [su] configuración futura”¹⁰³⁹. Son, entonces, situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas encausadas hacia la obtención en el futuro de su reconocimiento¹⁰⁴⁰, por ende, gozan de protección¹⁰⁴¹. Su fuente puede ser el orden jurídico interno o el derecho internacional vinculante.

Tercero. *Los estados de confianza o confianza legítima*. El Consejo de Estado colombiano, por primera vez en decisión del 7 de julio de 2013¹⁰⁴²,

¹⁰³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰³⁸ MOLINA NAVARRETE, “La tutela de la confianza legítima como principio de ordenación jurídica de las pensiones públicas”, en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, parte I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Seguridad Social, n.º 18, Madrid, 1999, p. 295. Citado por María José VIANA CLEVES, *op.cit.*, p. 210.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-134 del 18 de febrero de 2004.

¹⁰⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-478 del 9 de septiembre de 1998.

¹⁰⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 27228.

manifestó que si la vulneración del estado de confianza o confianza legítima puede tildarse de especial o si tiene una entidad propia. Bajo este cuestionamiento, dicha sentencia recordó, en un intento por deslindar el derecho subjetivo de situaciones de hecho, que el “daño especial afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo, como ocurrió por ejemplo, en [el caso] (...) de la Florecilla, sociedad francesa establecida que desarrollaba una actividad lícita y que no pudo continuar explotando actividades, en tanto la confianza protegió expectativas, aunque no consolidadas pero sí razonables”¹⁰⁴³. De donde se tiene que, “tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado el principio de la confianza legítima complementa la protección de los intereses jurídicos, si se considera que con su aplicación, al margen de la falla, el daño ya no solamente podrá provenir de la afectación de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o expectativas legítimas, **sino de intereses creados al amparo de la confianza** [estados de confianza] o creencia en las instituciones que no tendría que ser defraudada”¹⁰⁴⁴ (se destaca).

Desde un punto de vista doctrinal, Henao Pérez afirma, en su trabajo de investigación doctoral defendido en 2007, que existen eventos¹⁰⁴⁵ que

¹⁰⁴³ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁴ *Ibid*.

¹⁰⁴⁵ Uno de los ejemplos de estados de confianza que pueden ilustrar situaciones que nacen al margen del derecho y que pueden ser calificadas de situaciones jurídicamente protegidas amparadas por el instituto de la reparación, es el caso de unos recicladores quienes en desarrollo de su oficio ocupaban desde hacía cinco años una zona de la ciudad. La administración municipal ordenó el lanzamiento de todas las personas ubicadas en el área referida. La Inspección de Policía procedió a efectuar la "diligencia de lanzamiento y demolición", la cual se cumplió parcialmente, pero fue suspendida por la intervención del Defensor del Pueblo en el marco de la acción de tutela. La Corte Constitucional ordenó al alcalde que dentro del término de dos (2) meses proceda a tomar las medidas necesarias para lograr la reubicación de las personas que no tuvieran propiedad raíz en la ciudad y que en el momento en que se profirió la resolución de desalojo habitaran el sitio por desalojar. Corte Constitucional, sentencia T-548 del 17 de octubre de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

están amparados por el derecho, es decir, algunas situaciones que, incluso si nacen al margen del principio de legalidad, pueden ser jurídicamente protegidas por el juez de la reparación: “situaciones nacidas al margen del derecho [que] pueden ser calificadas excepcionalmente como intereses jurídicamente protegibles”¹⁰⁴⁶, por ello es indiscutible que “la reparación de un daño no se sustenta necesariamente en el reconocimiento de un derecho consolidado y estrictamente interpretado”¹⁰⁴⁷, ya que existen “hipótesis en las cuales situaciones de simple tolerancia, situaciones precarias y, por sorprendente que pueda parecer, situaciones nacidas por fuera del derecho, pueden revelar la existencia de un título que justifica un interés afectado por el daño”¹⁰⁴⁸. En otras palabras, sostiene dicho autor, “si las nociones de derecho, de derecho adquirido, de situación jurídicamente protegida, etc., -nociones tradicionales de la doctrina para abordar esta cuestión- son necesarias para que sea puesto en evidencia el carácter personal del daño, [estas]

En Francia con el fallo de 22 de noviembre de 1929, *l'arrêt Compagnie des Mines de Siguiri*, se originó la tesis denominada de la “*brusquerie administrative*” y de la vulneración de los estados de confianza: se trató de una legislación minera que reservó para los indígenas la explotación superficial de los depósitos; no obstante la administración había tolerado durante mucho tiempo la extracción de oro por parte de una empresa minera. Sin embargo, la administración puso fin a este comportamiento. Según el Consejo de Estado se comprometió la responsabilidad estatal porque hizo uso abusivo de sus poderes y se infringió un derecho del asociado a lo que calificó como principio de confianza legítima, el cual le prohíbe a la administración cambiar “brutalmente” su comportamiento sin justificación. En efecto dijo: “Que les travaux de la société, entrepris depuis plusieurs années, étaient connus et encouragés par l'administration... en ordonnant à la Société de cesser et d'abandonner immédiatement et complètement ses travaux, alors qu'aucune plainte des indigènes ne lui imposait une décision aussi brusque, l'administration de la colonie a fait de ses pouvoirs un usage abusif de nature à engager sa responsabilité pécuniaire à l'égard de la société”: Conseil d'Etat, *Compagnie des mines de Siguiri*, S. 1930.3.17, note R. Bonnard, citado por René Chapus, *Droit Administratif Général*, tome 1, 12ème édition, Paris, § 135-2°.

¹⁰⁴⁶ HENAO, Juan Carlos, *Le dommage : Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat en droit colombien et en droit français*, [El daño: análisis a partir de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en derecho colombiano y en derecho francés], tesis doctoral, Universidad de París II Panthéon Assas, Paris, 2007, pp. 157 y 158 (traducción libre).

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁸ *Ibid*.

son completadas por una visión menos rígida de la manera a partir de la cual puede consolidarse un derecho”.

De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que no surge una obligación de reparación de un daño imputable al Estado, cuando hay inexistencia del derecho -comprendidas incluso las situaciones consolidadas-, de expectativas legítimas o de estados de confianza, pues esta ausencia impide que surja un daño antijurídico; en otras palabras, si bien el daño es el presupuesto de la declaratoria de responsabilidad, los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y los estados de confianza son el presupuesto de existencia del daño, ya que la configuración de este depende de la lesión a una posición protegida *ex ante* por el ordenamiento jurídico o amparada por el principio de la confianza legítima. En suma, el daño es al juicio de responsabilidad lo que el derecho subjetivo, las expectativas legítimas o los estados de confianza son al daño¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁹ Al respecto, Henao sostiene que el concepto de derecho subjetivo es un requisito para la existencia del daño. “La existencia del daño es el primer paso del curso de la responsabilidad civil y, en su contexto, la noción de derecho subjetivo, que contiene el de obligación, asegura la viabilidad de la indemnización de daño. El concepto de derecho subjetivo se convierte en un requisito para la definición de daño. La ausencia de derecho subjetivo (...) impide la configuración de la responsabilidad civil: el hecho de no poder exigir el restablecimiento del derecho de la persona que ha sido lesionada supone, en efecto, la inexistencia del derecho (...). Es decir, si la lesión del derecho es imputable a una persona diferente de la víctima y si esta tiene la obligación de reparar, la ausencia de obligación de indemnizar solamente se justifica por la ausencia de derecho subjetivo que evita que la noción de daño aparezca”. HENAO, Juan Carlos, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l’Etat en droit colombien et en droit français*, op.cit., p. 117: “Nous voulons tout simplement retenir que l’existence du dommage marque la première étape du parcours de la responsabilité civile et que dans son contexte la notion de droit subjectif, amenant celle d’obligation, garantit la viabilité de l’indemnisation du dommage. La notion de droit subjectif devient ainsi une exigence pour la définition du dommage. L’absence de droit subjectif, par le fait de ne pas permettre la consolidation du droit et en conséquence son dédommagement, va aussi empêcher la présence de la responsabilité civile: le fait de ne pas pouvoir exiger le rétablissement du droit de la personne qui l’a lésé suppose, en effet, l’inexistence du droit. Le droit doit forcément devenir un droit subjectif, et tout dépendra, alors, de sa vocation indemnisable, sachant que les autres conditions de la responsabilité sont réunies. Autrement dit, si la lésion du droit est imputable à une personne différente de la victime et si celle-ci a le devoir de réparer, l’absence de l’obligation indemnitaire sera justifiée seulement par l’absence de droit subjectif qui empêchera la notion de dommage d’apparaître”(traducción libre).

Ahora bien, excluir las expectativas legítimas de desarrollo normativo y los estados de confianza como fundamentos de daño puede llevar a conservar zonas grises de inmunidad del Estado-legislador frente al control jurisdiccional, lo que no solo implicaría que el legislador pueda, sin consecuencias, vulnerar situaciones de hecho sino que la víctima tendría la intolerable obligación de soportar un daño, por el solo hecho que la afectación proveniente de la ley no tiene los caracteres de la nomenclatura normativa de los derechos subjetivos. No se puede desconocer que la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado si bien tiene por objeto la reparación de los daños antijurídicos ocasionados a los asociados en sus derechos también abarca derechos imperfectos o virtuales no materializados¹⁰⁵⁰ y situaciones de hecho, nacidas en los predios de la confianza legítima, en cuyo caso es deber del juez contencioso administrativo preservar integralmente el carácter incólume tanto de los derechos como de las expectativas legítimas y los estados de confianza creados o tolerados por comportamientos del mismo Estado, *contrario sensu*, si se acepta que el legislador no vulnera expectativas legítimas y estados de confianza se tendría entonces también que reconocer que no produce daños, lo que traería como consecuencia natural la existencia de un valladar impenetrable para el control judicial del juez contencioso administrativo, situación indeseable, porque se terminaría por admitir que el legislador arbitrariamente puede hacer en el terreno de las situaciones de hecho lo que le está prohibido en el terreno de las situaciones de derecho, esto es, no reparar los daños antijurídicos infligidos por la acción o la omisión del legislador sobre bienes jurídicamente tutelados. Vistas de esta manera las cosas, el juez contencioso administrativo tiene la obligación de identificar los diferentes supuestos de daño provenientes del Estado-legislador incluso sus silencios y ordenar su reparación, para evitar así, un desmembramiento del principio democrático, encarnado por el

¹⁰⁵⁰ Cfr. YANNAKOPOULOS, Constantin, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 274.

legislador, del principio constitucional, ya que en la medida que el legislador no esté vinculado con las obligaciones dimanantes del ordenamiento interno e internacional, previstas en encargos, habrá crisis del principio de legalidad, denominado por Ferrajoli manifestación de “poder salvaje”¹⁰⁵¹.

No se puede desconocer las ventajas de ampliar el instituto de la reparación a situaciones en las que se generan expectativas legítimas o estados de confianza en encargos normativos:

Primera. *Los intereses jurídicamente tutelados.* La víctima de una disposición legislativa declarada exequible por afectación de un derecho adquirido puede obtener una reparación bajo el fundamento de la

¹⁰⁵¹ En el contexto de las obras de Luigi Ferrajoli se puede notar una preocupación constitucional por la rebeldía de los poderes públicos al principio de legalidad y ahora, acudiendo a su pensamiento, creemos que la no extensión de la cláusula de responsabilidad estatal extracontractual a posibles fuentes de daño se manifiesta en términos de Ferrajoli como un poder salvaje. En el libro *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo de Estado y su Divergencia de la Realidad* en A.A.V.V. *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, Madrid, 1995, p. 15 afirma que el sostén del Estado de derecho es el principio de legalidad; sin embargo, anuncia que una de las promesas incumplidas es la falta de sumisión de los poderes públicos al principio de legalidad. En el artículo “Garantismo y Estado de derecho”. *En El Garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n°15, 2000, p. 124 precisa que el poder salvaje es un no derecho que mina el paradigma de la legalidad como fuente de legitimación de los poderes públicos. En el libro *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: editorial Mínima Trotta, 2011, p. 11, Perfecto Andrés Ibáñez sostiene que “Luigi Ferrajoli habla expresivamente desde el título de “poderes salvajes”, trasladando este adjetivo, que el Diccionario reserva para los “animales no domesticados, generalmente feroces”, a un terreno inusual, el del discurso sobre la política, tan propenso desde siempre al eufemismo nada inocente. Y lo hace, conectando, también en esto, con precedentes bien autorizados. En particular el de Aristóteles, quien (en su *Política*) atribuyó al poder, cuando no está sujeto a la ley, un neto componente de *animalidad*, pensando, seguramente, en una forma de existencia y ejercicio del mismo en el régimen de absoluta exención de límites que sería el característico de la tópica tiranía. Pero ahora contamos con la certeza de que, también en marcos de legalidad y aun con la previsión de controles de esta misma índole y otros formales de carácter político, el poder puede muy bien experimentar caídas tremendas en semejante brutal condición”. En el libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*. En Madrid, Trotta, 2006, p. 15 anuncia que en los países de democracia más avanzada se está asistiendo a una crisis profunda del derecho, y que una de sus diversas formas y planos es la crisis de la legalidad, es decir, el grado de ausencia o de ineficacia de vinculación de los titulares de los poderes públicos al principio de legalidad.

responsabilidad sin falta, esto es, en aplicación del título de imputación del daño especial, como sucedió en el fallo del 25 de agosto de 1998¹⁰⁵² de la Sala Plena del Consejo de Estado que, siguiendo los registros judiciales franceses de los fallos Caucheteux y Desmonts, admitió que el Estado en cumplimiento legítimo de su función legislativa podía ser agente generador de daños para los administrados, mientras que las expectativas legítimas y los estados de confianza, por tener una entidad propia, lo serían, ambos, por defraudación del principio de confianza legítima, distinción que no se podría unificar en un solo título de imputación, pues aunque estos dos fundamentos de atribución de responsabilidad se basan en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, salvaguardan intereses distintos. Dentro del marco de la teoría del daño especial se imputa responsabilidad de daños provenientes de la vulneración de derechos, en cambio, en el marco de las expectativas legítimas de desarrollo normativa y de los estados de confianza legítima se amparan situaciones de hecho; así su espectro de protección, en este último caso, es diferente. Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

“El daño especial y la confianza legítima [y expectativas legítimas] se distinguen en lo que toca con el interés que en cada caso se propende defender. Primeramente, hay que destacar la amplitud de protección de la confianza legítima al punto que bien puede comprender privilegios al margen de la igualdad, -v.gr. los subsidios a la oferta o al consumo de determinados bienes o servicios, beneficios tributarios a un determinado sector económico y otro tipo de ayudas de fomento- los que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en algunos casos podrían resultar contrarios a la Carta. Y en segundo lugar, en el daño especial se afecta principalmente situaciones consolidadas y derechos adquiridos o en vía de serlo, como ocurrió por ejemplo, en los casos -atrás citados- de la Florecilla, sociedad francesa establecida que desarrollaba una

¹⁰⁵² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998, rad. IJ-001, actor: Vitelvina Rojas Robles, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

actividad lícita y que no pudo continuar explotando las actividades, en tanto la confianza protegió expectativas, aunque no consolidadas pero sí razonables. Razonabilidad que tiene que ver con actuaciones acordes con un mensaje institucional capaz de infundir la creencia en el destinatario de que lo que se pregona será cumplido. O, como sucedió con la trabajadora de la Embajada de Corea, quien ad portas de adquirir el estatus de pensionada fue despedida, al punto que el Ministerio de Relaciones Exteriores debió repararle el daño causado, en cuanto, en razón de la Convención de Viena, la legación diplomática no compareció al juicio entablado primeramente ante la Corte Suprema de Justicia”¹⁰⁵³.

De esta manera se infiere que tanto las expectativas legítimas como los estados de confianza hacen parte de la noción de situaciones jurídicamente protegidas en virtud del principio de confianza legítima y, por ende, pueden ser amparadas por la cláusula de responsabilidad estatal extracontractual, si se acepta que los daños pueden estar albergados en otras fuentes que no sean las tradicionales del derecho subjetivo. Así, el principio de confianza legítima se convierte en un soporte adicional de la causa jurídica del derecho a la reparación, pues no solo se deben amparar derechos subjetivos o consolidados, sino también situaciones en proceso de gestación o nacidas o permitidas por la administración a la égida del principio de confianza legítima.

Segunda. *Los modos de reparación.* La reparación de daños provenientes de la afectación de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas se efectúa por el daño consolidado, mientras que la afectación de expectativas legítimas, que no de los estados de confianza, no puede repararse como si se hubiera perdido el derecho, pues nunca se ha tenido, sino como la pérdida de oportunidad de obtenerlo¹⁰⁵⁴. Frente a este último punto, teniendo en cuenta que la defraudación de las

¹⁰⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 27228.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

expectativas legítimas interrumpe intempestivamente el proceso de formación -“o en vía de serlo”- de derechos o la consolidación de determinadas situaciones jurídicas, la reparación de dichas expectativas quebrantadas deberá ser proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho, de esta manera, el modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”¹⁰⁵⁵, ya que a la luz del artículo 29 de la Constitución, replicada por el artículo 305 del C.P.C -principio de congruencia-¹⁰⁵⁶, son los efectos de esa lesión antijurídica y no otros los que permiten endilgarle responsabilidad a la entidad demandada e identificar el perímetro de la reparación¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ “[La] explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento”: HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 4ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 45.

¹⁰⁵⁶ El principio de congruencia está consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil: “La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último (...)”.

¹⁰⁵⁷ “[P]ara la Sala es indudable que la reparación del daño debe ser plena, por lo tanto la indemnización no podrá ser inferior o superior al detrimento sufrido, siendo éste, precisamente, el fundamento para denegar el reconocimiento del perjuicio material pretendido, pues de hacerlo podría incurrir en una doble indemnización del daño que iría en contravía del fundamento constitucional, legal y jurisprudencial de estos procesos indemnizatorios”: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril del 2001, rad. 13675, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Teniendo en consideración que el daño se origina por una amputación de una expectativa de desarrollo legislativo frente a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo¹⁰⁵⁸-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", en *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Geneviève Koubi y Gilles Guglielmi (dirs.), La Découverte, París, 2000, p.198.

¹⁰⁵⁹ A título ilustrativo, la Corte Suprema de Justicia dijo: "Razonado en lo anterior, la Sala, a través de fallo de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141 01, determinó, a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, "que una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, (...) y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (...)":Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia de 4 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, rad. 1998-07770-01.

De igual manera, al abordar el tema de las expectativas legítimas precisó que la pérdida de una mera expectativa no configura daño en el plano de la responsabilidad civil: *"indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable. Y es que, en tales casos, (...) lo cierto es que respecto del sujeto que se encuentra en una situación como la descrita, puede llegar a predicarse certeza respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener la ventaja o evitar la desventaja, aunque exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de estas últimas circunstancias. Es claro, entonces, que sí, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, (...) y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión*

Ahora, frente a la reparación de los estados de confianza o confianza legítima, no puede valorarse como si se hubiera frustrado la adquisición de un derecho, pues el estado de confianza no necesariamente transita por el cauce de obtención de una posición jurídica definitiva, cosa que si se predica de las expectativas legítimas, ni tampoco como si se hubiera lesionado un derecho subjetivo, pues nunca ha tenido y tampoco tendrá ese rango por haber nacido en ámbitos extrajurídicos contrarios al derecho positivo, lo que se deberá hacer es indemnizar el perjuicio final siempre y cuando esté directamente relacionado con una actividad que ha sido tolerada explícita o implícitamente por el Estado.

De todas maneras, el resarcimiento de los daños infligidos a las expectativas legítimas o a los estados de confianza debe ser integral, pues en la medida de lo posible se debe restablecer la situación que fue trastornada por el hecho dañoso de la ley, sin que la indemnización se transforme en una fuente de enriquecimiento injustificado en favor de la víctima. Para ello, es necesario establecer claramente *ex-ante* la expectativa legítima creada por el legislador y el estado de confianza creado o tolerado por el poder público cuyos motivos serios, fundados y objetivados condujeron al nacimiento de expectativas legítimas y estados de confianza en los administrados, ya que en la medida que se verifiquen estos actos o hechos generadores de confianza, se podrá determinar, por un lado, en lo concerniente a las expectativas legítimas, el grado de probabilidad, razonabilidad y certeza de la expectativa frente a la

que indefectiblemente ha de sufrir el afectado. Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas". Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia de 1º de noviembre de 2013, M.P. Margarita Cabello Blanco, rad. 08001-103-0081994-26630-01.

adquisición del derecho y, por otro, para los estados de confianza, la intensidad de la afectación de las situaciones de hecho toleradas y defraudadas por la administración.

La identificación de encargos al legislador de rango imperativo contenidos en cartas constitucionales y ordenamientos supraestatales no generan automáticamente a sus posibles beneficiarios derechos subjetivos definitivos y vinculantes y que, por ende, hayan ingresado a su patrimonio, por cuanto necesitan la *interpositio legislatoris*; pero, sí se trata de expectativas legítimas de desarrollo normativo consistentes en el anhelo de recibir un beneficio o una ventaja, cuya frustración ante la conducta omisiva del legislador merece ser reparada.

En ese sentido es precisamente el principio de confianza, de factura alemana, que se encarga de amparar expectativas legítimas, que son derechos en transición o en curso de perfección.

1.1. Responsabilidad extracontractual del Estado-legislador por defraudación de la confianza legítima: el caso de la vulneración de expectativas legítimas de desarrollo normativo

El principio de confianza legítima ampara expectativas legítimas y estados de confianza. Frente a las expectativas legítimas de desarrollo normativo son situaciones que se encuentran a *mi-chemin* entre las meras expectativas y los derechos adquiridos¹⁰⁶⁰. Así, el principio de confianza legítima no es un medio para tutelar derechos adquiridos o situaciones

¹⁰⁶⁰ Cfr. De VIVERO ARCINIEGAS, Felipe, “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”, en *Revista de Derecho Público*, n. ° 17, Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, pp. 123 y ss.

jurídicas consolidadas¹⁰⁶¹ ni para tutelar meras expectativas, ya que respecto a los primeros, el fundamento de la responsabilidad tiene su propios presupuestos y, frente a los segundos, no existen bases firmes para edificar un juicio de responsabilidad, pues son esperanzas inciertas nacidas únicamente en el fuero interno del ciudadano; en ese sentido el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 dispone: “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”; los únicos intereses que se enmarcan dentro del principio de confianza legítima son aquellas expectativas legítimas¹⁰⁶² que la administración ha conferido a un particular¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ “[Q]uizás toca simplificar la sistematización propuesta y considerar, descartando, (...) la cuestión de derechos subjetivos del debate, que el principio de protección de la situación de confianza legítima tiene, en todos los casos, por objeto y por efecto proteger los intereses individuales de los particulares, pero esta protección tiene de específico que no apunta a garantizar la salvaguarda de derechos subjetivos que el derecho objetivo confiere a los individuos, sino simplemente defiende su confianza (...): la espera legítima (...) no se identifica con un derecho subjetivo (...) incluso sin tener un derecho subjetivo, el particular se beneficia de un derecho –en sentido amplio– de la protección de la confianza legítima”: CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2001, p. 35 (traducción libre).

¹⁰⁶² Según Viana Cleves: “La relación existente entre el principio de confianza legítima y los derechos adquiridos es casi irrelevante (...) Los particulares titulares de derechos adquiridos consolidan una confianza legítima en que sus derechos serán garantizados por el Estado y respetados por las autoridades públicas y por los demás miembros de la sociedad. Por tanto, cuando un sujeto (público o privado) afecta el derecho adquirido de un particular, afecta también la confianza legítima que se consolidó a favor del titular, consistente en que los demás respetarían su derecho adquirido conforme al ordenamiento jurídico. (...) La irrelevancia de la relación entre la confianza legítima y los derechos adquiridos (...) deriva de una razón práctica que es la siguiente: si el titular del derecho adquirido vulnerado cuenta con una vía ordinaria propia para la protección de su derecho, no tendrá la necesidad de acudir a la confianza legítima para tal fin. Si se tiene una vía idónea para obtener la protección concreta de un derecho no se optará por la vía accesoria de protección”: VIANA CLEVES, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 207.

¹⁰⁶³ La Corte Constitucional ha dicho: “no cualquier expectativa se encuentra jurídicamente protegida, pues la confianza debe ser legítima o justificada para que pueda ser amparada por vías judiciales, pues sólo se protegen aquellas “circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.” Por tanto, el principio de confianza legítima no salvaguarda aquellos comportamientos dolosos o culposos, y sólo opera frente a comportamientos justificados, razonables y genuinos. Así mismo, este principio no cobija aquellas circunstancias en las cuales la Administración ha dejado establecido con anterioridad que puede modificar la situación individual en cualquier tiempo, ni frente a situaciones donde el administrado es titular de derechos adquiridos. De manera que

Se resalta que las meras expectativas no son hechos objetivos, inequívocos y concluyentes, todo lo contrario, se tratan de “aquellas ilusiones de posiciones jurídicas que surgen de la percepción subjetiva de un individuo (...), esperanzas aleatorias que se basan en meras probabilidades (...), expectativas [que] emanan de la mente de un sujeto como consecuencia de la percepción íntima que éste tiene de su entorno jurídico y de las modificaciones que experimenta”¹⁰⁶⁴; en palabras de Josseland se trata de “simples esperanzas más o menos fundadas” como “situaciones de hecho más que situaciones jurídicas”, como “intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los castillos en el aire”¹⁰⁶⁵; según la Corte Constitucional “no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto”¹⁰⁶⁶, “aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho”, “situaciones jurídicas no consolidadas (...) en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado”¹⁰⁶⁷.

De esta manera se tiene que las expectativas legítimas y los estados de confianza constituyen el objeto de amparo del principio de confianza legítima y, en virtud de su configuración, surge para todo el poder público

sólo opera en los casos en que se tenga la expectativa justificada de que una situación de hecho o una regulación jurídica no será modificada intempestivamente”: Corte Constitucional, sentencia T-437 de 12 de junio de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

¹⁰⁶⁴ VIANA CLEVES, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho colombiano*, op.cit., p. 196.

¹⁰⁶⁵ JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. I, v. I, edit. Bosh, Buenos Aires, 1950-1951, pp. 77 y s. Citado por María José VIANA CLEVES, *El principio de confianza legítima en el derecho*, *ibid.*, p. 197.

¹⁰⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la obligación de garantizar y proteger la estabilidad de condiciones jurídicas preexistentes sin incurrir en cambios bruscos.

El principio de la confianza legítima ha sido concebido por la jurisprudencia constitucional como una pieza esencial del Estado de derecho¹⁰⁶⁸ cuyo bastión está fundado en la buena fe y seguridad jurídica¹⁰⁶⁹, consignados en el artículo 83 de la Constitución¹⁰⁷⁰, cuyo objetivo es el de evitar la creación de incertidumbres frente a la estabilidad del orden jurídico y la previsibilidad de la acción estatal, lo que implica un estado de conservación o adaptación de las condiciones jurídicas existentes. Se trata, entonces, siguiendo a Valbuena, “de una confianza plenamente justificada”, la cual se estructura a través de “hechos concluyentes, inequívocos, verificables y objetivados” que permiten “predecir con un alto grado de probabilidad o de certeza que las expectativas que han sido creadas, promovidas o toleradas por el Estado en torno a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas favorables o al acaecimiento ulterior de un hecho esperado, en modo alguno se verán perturbadas o frustradas como consecuencia del actuar sorpresivo de las autoridades”¹⁰⁷¹.

Por ello, el principio de la confianza legítima es una exigencia constitucional que busca proteger la estabilidad jurídica de los ciudadanos frente a las intervenciones intempestivas del Estado legislador y de sus

¹⁰⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-367 del 11 de junio de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-717 del 13 de septiembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁷⁰ Art. 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”.

¹⁰⁷¹ VALBUENA, Gabriel, “Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima. Esbozos de una temática en construcción”, *op.cit.*, p. 711.

silencios y adoptar con anticipación las medidas apropiadas de prevención para lograr que las expectativas legítimas y los estados de confianza creados y tolerados en los asociados no sean objeto de defraudación y, por ende, de daños antijurídicos.

El principio de confianza supone, según la jurisprudencia constitucional, la existencia previa de “expectativas serias y fundadas”, condicionadas por “actuaciones precedentes de la administración, que generen la convicción en el particular, de estabilidad en el estado anterior”; sin embargo, de este principio “no se puede deducir que las relaciones jurídicas que generan expectativas en los administrados sean intangibles o inmutables”; por el contrario, “no puede perderse de vista que su utilización no implica el desconocimiento de derechos adquiridos, y solamente se aplica a situaciones jurídicas susceptibles de alterarse, de tal forma que la modificación de las mismas no puede acontecer de manera abrupta o intempestiva”, razón por la cual las autoridades tienen la obligación de “adoptar las medidas necesarias para que el cambio de circunstancias transcurra de la forma menos traumática posible”¹⁰⁷².

1.2. La construcción del test del principio de confianza legítima frente a encargos de desarrollo normativo

Ahora, es menester establecer cuándo el Estado-legislador crea expectativas legítimas y estados de confianza - situaciones jurídicamente protegidas (dispositivo amplificador del espectro de la responsabilidad estatal)- y las defrauda -razones de imputación-, evento en el cual las víctimas pueden reclamar en reparación directa¹⁰⁷³. Según la

¹⁰⁷² Corte Constitucional, sentencia T-135 del 24 de febrero de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁷³ La doctrina ha referenciado indistintamente diferentes eventos polémicos y no pacíficos de daño que pueden defraudar expectativas legítimas y estados de confianza, y frente a los cuales podría operar el instituto de la responsabilidad: i) la revocatoria de

jurisprudencia de esta Corporación y la doctrina, las expectativas legítimas y estados de confianza se consolidan y se defraudan cuando se originan las siguientes condiciones¹⁰⁷⁴:

Primero. *La existencia de un comportamiento estatal objetivo que suscita expectativas legítimas y estados de confianza.* Se constituye por todos aquellos actos, omisiones o hechos externos del Estado-legislador que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales

actos administrativos; *ii*) la obligatoriedad de informaciones de las autoridades; *iii*) el efecto externo de preceptos administrativos; *iv*) la vinculación de la administración a su propia práctica administrativa; *v*) la aplicación retroactiva de disposiciones legales o reglamentarias; *vi*) la alteración inesperada de prácticas administrativas que han sido aplicadas de manera uniforme y reiterada durante un período de tiempo; *vii*) la terminación anticipada e injustificada de actuaciones o procedimientos administrativos ya iniciados o en curso de ejecución; *viii*) la modificación inesperada de los requisitos y condiciones establecidos para el perfeccionamiento y ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas prerrogativas, estímulos, ventajas o beneficios; *ix*) el desconocimiento de situaciones creadas a partir de estados de confianza promovidos o tolerados por propio el Estado, y *x*) la aplicación de los efectos retroactivos de la jurisprudencia. Al respecto, ver: MAURER, Harmut, *Introducción al derecho administrativo alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 56; VALBUENA, Gabriel, “Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima. Esbozos de una temática en construcción”, *op.cit.*, p. 713.

¹⁰⁷⁴ La construcción de este protocolo que permite verificar la creación de expectativas legítimas y estados de confianza por el poder público a partir del cual es posible declarar su responsabilidad por la defraudación del principio de confianza legítima seguirá las pautas teóricas trazadas de manera uniforme por la doctrina. Al respecto, ver: BERNAL PULIDO, Carlos y VIANA CLEVES, María José, “La responsabilidad extracontractual del Estado por daños que le sean imputables con ocasión de los acuerdos de paz”, en *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 758 y 763; VALBUENA, Gabriel, “Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima: esbozos de una temática en construcción”, *op.cit.*, p. 707; CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et francais*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Paris, 2001.

Este protocolo de confianza propuesto por la doctrina también ha sido utilizado por la jurisprudencia de esta Corporación en materia electoral: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de septiembre de 2013, rad. 25000-23-31-000-2011-00775-2, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

se crean expectativas ciertas o estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados¹⁰⁷⁵.

Segundo. *La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza.* Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza de que el Estado actuará de la misma manera en el futuro.

Tercero. *El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.* Una vez comprobados los actos, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado debe asumir determinadas acciones que permitan inferir la materialización de las expectativas o estados de confianza creados o tolerados, además de tener un impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

Cuarto. *La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados.* Debe haber un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal o una violación flagrante del plazo razonable, frente a casos de omisión, que vulnera de manera cierta y razonable las expectativas y estados de

¹⁰⁷⁵ La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de confianza legítima protege tanto las expectativas como los estados de confianza que los asociados se forman legítimamente a partir de las acciones u omisiones estatales: “El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”. Corte Constitucional, sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004, M.P. Clara Inés Vargas.

confianza de los asociados nacidas en virtud de la confianza creada y tolerada por el Estado.

Quinto. *La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación.* El Estado debe haber omitido cuatro deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos: *i)* fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adecuarse y adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas; *ii)* crear mecanismos idóneos para que los afectados puedan acoplarse a las nuevas medidas; *iii)* adoptar mecanismos de compensación; y *iv)* justificar la afectación de una expectativa legítima o de un estado de confianza por el favorecimiento del interés general.

En consecuencia, se concluye que las expectativas legítimas de desarrollo normativo y los estados de confianza, cuya afectación puede generar daños antijurídicos, se encuentran sujetas a control por parte de los jueces contencioso administrativos.

Esta postura responde de manera congruente a las exigencias del modelo de Estado Constitucional fundado en 1991, en tanto que se amplía la cláusula general de reparación extracontractual no solo a derechos sino también a expectativas legítimas de desarrollo normativo y estados de confianza nacidos al amparo del principio de la confianza legítima. Así, se amplía los parámetros establecidos sobre responsabilidad del Estado - legislador, de manera tal que comprenda las diversas fuentes de daño antijurídico susceptibles de ser reparadas, incluyendo las comprendidas dentro de la órbita del principio de confianza legítima -expectativas legítimas y estados de confianza-.

Recapitulando lo anterior, se concluye que para efectos de la declaratoria de responsabilidad del Estado-legislador por omisión se tiene que *(i)* el Estado puede resultar responsable si se generan daños antijurídicos por la

defraudación de la confianza legítima, cuando se lesionan expectativas legítimas de desarrollo normativo, a causa de los efectos normativos implícitos y adversos al orden normativo superior derivados de la omisión del legislador; (ii) el título de imputación por la afectación a expectativas legítimas de desarrollo normativo es la defraudación de la confianza legítima; (iii) el resarcimiento de los daños infligidos a las expectativas legítimas de desarrollo normativo se debe enmarcar dentro de los parámetros de la pérdida de oportunidad, pues no puede repararse como si se hubiera perdido el derecho, pues nunca se ha tenido, por cuanto no se ha desarrollado legislativamente o se ha desarrollado deficientemente, lo que se repara es la pérdida de oportunidad de obtenerlo. Frente a este último punto, teniendo en cuenta que la defraudación del estado de confianza vulnera expectativas legítimas de desarrollo normativo al impedir injustificadamente el proceso de formación de derechos o la consolidación de determinadas situaciones jurídicas, la reparación de dichas expectativas quebrantadas deberá ser proporcional al grado de afectación, sin que se equipare al resarcimiento de los beneficios dejados de recibir por una eventual consolidación del derecho, ya que estos últimos son hipotéticos y eventuales en la medida que no existe desarrollo legal, de esta manera, el régimen de indemnización de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas de desarrollo normativo se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida.

Teniendo en consideración que se trata de un evento de omisión del legislador, es menester estudiar, como se pasará a hacerlo a continuación, que no es necesario ni posible verificar una relación de causalidad entre la omisión de desarrollo legislativo y el daño antijurídico, lo relevante es constatar la infracción del deber de legislar, que de haberse ejecutado habría impedido cierta y razonablemente la concreción de un daño antijurídico.

2. El debate sobre la relación causal en la conducta omisiva del legislador

El juicio de responsabilidad que se adelanta contra el legislador por eventos de omisión legislativa no debe descansar en un fundamento causal, como se ha aceptado tradicionalmente por la doctrina, ya que en estricto sentido esto significa la inexorable vinculación de manera fenomenológica de la causa con su efecto, esto es, una conexión fáctica entre la conducta del legislador, que no existe en realidad por cuanto hay silencio normativo, y el daño. Por tanto, es sorprendente que se consienta de forma pacífica que un elemento básico o esencial de la responsabilidad patrimonial del legislador por omisión es la relación causal entre el daño y la conducta. Este asunto merece ser debatido detenidamente.

Desde el punto de vista doctrinal una gran mayoría de autores afirma que en todos los casos se necesita una relación de causa a efecto entre el acto y el daño, pues la causación del daño por el agente dañino es necesaria para que se configure la responsabilidad¹⁰⁷⁶. Otros, en el mismo sentido, manifiestan que el concepto de relación de causalidad se emplea habitualmente para dar respuesta a dos problemas: (i) encontrar una razón para vincular el daño a una persona y (ii) determinar el contenido de la prestación resarcitoria¹⁰⁷⁷. Estos conceptos desarrollados por la

¹⁰⁷⁶ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 373; VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, 2009, Bogotá, p. 461.

¹⁰⁷⁷ Cfr. JALIL, Julián Emil, *Derecho de Daños aplicado*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 65; MAYO, Jorge, "La relación de causalidad como requisito de la responsabilidad civil en la reciente jurisprudencia de la corte de Casación Francesa. ¿Va retorno a los orígenes de la teoría?", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, V. 2003, Buenos Aires, 2003, p. 944. Para Díez-Picazo y Ponce de León el concepto de causalidad se utiliza para dar respuesta a dos tipos de problemas: "el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño puede ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable [de las] las consecuencias indemnizatorias, para lo cual se utiliza el concepto de causa (...) al imponer el deber de indemnizar a 'el que causa daño a otro'; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la

doctrina se pueden claramente identificar en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 2341 del Código Civil colombiano¹⁰⁷⁸.

De acuerdo con lo anterior, un daño causado coincide con la definición de responsabilidad: una obligación que incumbe al autor de un daño de repararlo, mientras que en las omisiones se atribuye la responsabilidad a alguien que no necesariamente participa en el curso causal de la producción del daño, por lo cual se impone replantear la concepción clásica de la responsabilidad, ya que se identifica al responsable con el autor del daño¹⁰⁷⁹.

Entre los supuestos de responsabilidad sin participación causal del Estado se pueden mencionar las víctimas de omisiones legislativas, entre otras cosas, en donde el responsable no es necesariamente el autor que causa el daño. Es cierto que el responsable es aquel que debe asumir las consecuencias de sus actos y, más precisamente, por sus faltas; pero dicha definición es problemática frente al fenómeno de la omisión, porque solo contempla la idea de la relación entre la causa y el efecto, esto es, una responsabilidad con hecho generador de daño estatal. De ahí que la responsabilidad deba también contemplar otros supuestos como lo es la

inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza el ‘daño causado’”: DIEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, T. V, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 357.

¹⁰⁷⁸ “Artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, *causados por la acción o la omisión* de las autoridades públicas.” (se destaca). Por su parte, el artículo 2341 del Código Civil prescribe: “[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. La doctrina ha interpretado que quien ha causado fácticamente un daño es responsable y que, por lo tanto, tiene la obligación de repararlo.

¹⁰⁷⁹ La tradición francesa ha dividido este dilema en dos posturas. La primera explica que la responsabilidad es igual a la obligación de reparar y la segunda que la responsabilidad es igual a la obligación de reparar los daños que se causan. Cfr. EISENMANN, Charles, *Cours de droit administratif*, t.II, V. *La responsabilité en droit administratif*, Cours de 1953-1954, L.G.D.J., 1983, p. 791 y s.

responsabilidad sin hecho generador de daño, casos en los que perfectamente se enmarcan las omisiones legislativas. Si no se amplía este espectro de la responsabilidad hacia eventos en los que no hay participación causal del Estado, sería imposible exigirle a la víctima la prueba causal entre la omisión normativa del legislador y el daño, como *conditio sine qua non* para imputarle responsabilidad al Estado, pues es un imposible afirmar que la omisión del legislador, el cual permaneció inerte, fue la que causalmente produjo el daño.

Esta crítica traída a colación ya había sido advertida por la doctrina del *civil law* y el *common law*; no obstante, ha pasado desapercibida en el desarrollo del derecho administrativo. Por una parte Kelsen señaló la diferencia entre causalidad e imputación, en los siguientes términos¹⁰⁸⁰:

“Causalidad e imputación; ley natural y ley jurídica. En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de imputación (atribución). En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos –esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional-, de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo al de causalidad, con todo se diferencia de él en manera característica. La analogía reside en que el principio a que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto. Un enunciado jurídico es, por ejemplo, la oración: “si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena”; o: “Si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales” (...) En términos generales, el enunciado jurídico dice que bajo determinadas condiciones –esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico-, debe producirse determinado acto de coacción – a saber: el determinado por el orden jurídico. Es ésta, como ya se indicó en páginas anteriores, la forma fundamental del enunciado jurídico. De igual modo que una ley natural, el

¹⁰⁸⁰ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, 8ª edición, Porrúa, México, 1995, pp. 90 y 91.

enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tienen un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. Parece evidente que el delito no está enlazado con la pena; el ilícito civil, con la ejecución forzosa de bienes, la enfermedad contagiosa, con la internación del enfermo, como una causa con su efecto. El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante”.

En cuanto a la diferencia entre causalidad e imputación, Kelsen sostuvo¹⁰⁸¹:

“La forma lingüística en que se formulan tanto el principio de causalidad como el de imputación, es la de una proposición condicional en la cual una determinada condición es conectada con una determinada consecuencia. Sólo que el sentido de esa relación conectiva es, como ya hemos visto, diferente en ambos casos. El principio de causalidad sostiene que si el hecho A se produce, entonces también se ha de dar el hecho B (o se producirá). El principio de imputación afirma que, cuando se da A, B debe ser. Como ejemplo de una aplicación del principio de causalidad en una ley natural concreta, baste remitir a la ley ya enunciada que describe el efecto del calentamiento de los metales. Ejemplos de aplicación del principio de imputación en el dominio de las ciencias sociales son: si alguien te ha hecho un bien, debes demostrarle agradecimiento; si alguien sacrifica su vida por la patria, su memoria debe ser honrada (...) Estos son enunciados morales, o leyes morales, en que se formulan normas positivas (...) los enunciados jurídicos, o leyes jurídicas, en que se formulan normas jurídicas positivas instauradas por un legislador o por la costumbre, son: si alguien comete un delito, deberá ser sancionado; si alguien deja de pagar su deudas, deberá ejecutarse civilmente su patrimonio. La diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que

¹⁰⁸¹ *Ibid*, p. 104.

se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, sino que es enteramente independiente de semejante intervención humana. Dado que el sentido específico del acto mediante el cual se establece la relación entre condición y consecuencia en una ley moral o jurídica, es una norma, cabe hablar de una relación normativa, para diferenciarla de una relación causal. “Imputación” es el término que designa una relación normativa. Esta relación –y no otra cosa- se expresa mediante el verbo “deber”, en la forma en que es utilizado en leyes morales o jurídicas”.

En efecto, mientras la causalidad se rige inexorablemente por leyes de la naturaleza, las cuales, en principio son de difícil aprehensión para el juez¹⁰⁸², la imputación se rige por consideraciones valorativo-normativas¹⁰⁸³. Una es la relación causal, gobernada por el principio hipotético-naturalista, “los hechos gobernados por los hechos” –según Vedel¹⁰⁸⁴-, otra es la relación normativa¹⁰⁸⁵, gobernada por el principio de

¹⁰⁸² Algunos autores de la doctrina sostienen que los jueces deberían abstenerse de realizar análisis de orden causal, en la medida que se puede fácilmente ligar a “sentimientos”, al “arbitrio del intérprete”, a “juicios de equidad”, que por tener un “amplio campo de apreciación” pueden tornarse en juicios “insolubles” y “angustiosos”. ESMEIN, Paul, “Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité”, *Dalloz, chor*, 1964, p. 205; CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Presses Universitaires de France, 15ª ed, vol. 4, 1991, p. 371; CANCELIER, Guillaume, “De l’explication causale en Droit de la responsabilité civile délictuelle”, in *RTD civ.*, n.º 1, Paris, 2010, p. 53; RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935, pp. 219 y 225.

¹⁰⁸³ La responsabilidad sin hecho generador de daño, esto es, sin participación causal del Estado fue abordada por primera vez en el derecho francés en 1993 por Truchet y la organizó como una tercera categoría al lado de los regímenes de responsabilidad con falta y sin falta. Cfr. TRUCHET, Didier, “Tout dommage oblige la personne publique a laquelle il est imputable, a le reparer. A propos et autor de la responsabilité hospitaliere”, *RDSS*, 1993, p. 8. Más tarde, en 2008, este autor explica que la responsabilidad sin hecho generador de daño reúne ciertos regímenes en los cuales el “Estado asume u organiza la reparación de daños que él no ha causado”. TRUCHET, Didier, *Droit Administratif*, 1er ed, P.U.F., coll, “Thémis droit”, 2008, p. 418. Recientemente Leleu abordó el mismo tema concerniente a la responsabilidad sin hecho generador de daño imputable a la entidad demandada. LELEU, Thibaut, *Essai de restructuration de la responsabilité publique*, L.G.D.J., Paris, 2014.

¹⁰⁸⁴ VEDEL, George, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 469.

¹⁰⁸⁵ “[L]a doctrina más actual distingue cuando habla de causalidad entre la explicación natural del suceso que causó el daño (causalidad fáctica) y la decisión normativa que

imputación (atribución), son dos universos totalmente diferentes, un universo fenomenológico (*questio facti*) y un universo normativo (*questio iuris*). En esa medida, es menester separar el *ser* -propio de la causalidad- y el *deber ser* -propio de la imputación¹⁰⁸⁶ y base de la atribución de daños-.

Por su parte, en la doctrina del derecho anglosajón, cuyo representante más actual es Moore¹⁰⁸⁷, esta problemática se formula bajo el siguiente cuestionamiento: “¿por qué la responsabilidad por omisiones no puede ser una responsabilidad fundada en la causalidad?”; una vez se sabe que las omisiones son ausencias, “¿pueden ser causas las ausencias?” Es decir, son casos, como lo es la omisión legislativa, en los que el Estado no causa fenomenológicamente un daño, pero la existencia de ese daño sí depende contrafácticamente del él.

Para defender la idea de que la omisión no es parte de la causalidad sino del juicio de imputación, Moore presenta el siguiente ejemplo: “el que no lanzara la soga a Jones causó que Jones se ahogará”. ¿Cuál es la causa? La respuesta usualmente aceptada por la doctrina y por los ordenamientos jurídicos es el hecho de no haber arrojado la soga a Jones lo que causó

pone a cargo de un sujeto la responsabilidad por el daño causado (imputación objetiva o ámbito de responsabilidad)”: MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, en *Revista para el análisis del Derecho*, n.º 351, Barcelona, 2006, p. 18. Cfr. http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf (09/02/2015).

¹⁰⁸⁶ Es imprescindible, en palabras de Prevot, dividir el juicio de constatación causal en dos fases: “primera fase (*questio facti*) la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la *conditio sine qua non*. Segunda fase (*questio iuris*): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta [u omisión] del demandado, puede o no serle objetivamente imputado”. PREVOT, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, p. 165.

¹⁰⁸⁷ MOORE, Michael, *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*, trad. de J. Schkeider, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 546 a 547.

que él se ahogara. Pero esta afirmación, es un imposible fáctico, pues las proposiciones normativas como tal no causan cambios exteriores en el mundo. En sentir de este autor es un error categórico considerar que las proposiciones son causas; por tanto, defiende tres proposiciones (o más bien condiciones) que justifican la responsabilidad en las omisiones desde la perspectiva de la imputación, las cuales se han adaptado al caso de la responsabilidad por omisión del legislador¹⁰⁸⁸: *i)* la violación de las obligaciones de hacer -como lo es la de no desarrollar encargos constitucionales o supra estatales- es reprochable; *ii)* una condición necesaria para el reproche es que el omitente-legislador pueda haber evitado lo que omitió evitar; para ello debe tener competencia para desarrollar el mandato normativo; *iii)* la causalidad (el causar el daño mediante la omisión) no es necesaria para estructurar una responsabilidad por omisión; la causalidad puede no ser necesaria para la responsabilidad omisiva, porque las omisiones no son causas de los daños que dejan de evitar.

Trayendo las anteriores reflexiones de la doctrina de derecho continental y anglosajón al caso de la responsabilidad del Estado por ausencia de desarrollo normativo, se colige que si bien, en un concierto general, la causalidad entre la conducta del accionado y el hecho, es un pilar fundamental de la responsabilidad, en la medida que sería difícil admitir la existencia de un daño que deba ser indemnizado por quien no ha contribuido a su realización, la relación de causalidad es inútil e innecesaria en el caso de la omisión en general y específicamente en la omisión legislativa. En estos eventos no es posible sostener que la omisión del legislador causó un daño a la víctima.

Valga un ejemplo con una situación hipotética: la Constitución colombiana ordena que mediante una ley estatutaria se desarrolle el derecho a la

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

objección de conciencia, lo cual hasta ahora no se ha expedido. Quien deba ser reclutado para la prestación del servicio militar obligatorio, tiene una expectativa legítima clara consistente en la exclusión de la obligación por creencias o motivos étnicos, religiosos o políticos, los cuales riñen con dicha obligación de rango legal; no obstante, como el legislador no ha desarrollado el encargo constitucional, la exención que aspiraba a recibir dicha persona desapareció, por lo que fue reclutado y con ocasión de la prestación del servicio militar murió por un ataque subversivo.

En este caso, no se puede sostener que la relación causal entre los impactos de armas de fuego -hecho dañoso- y la muerte -daño- fue la ausencia de desarrollo legislativo que le impidió exonerarse de esta obligación. No existe participación causal del Estado en la producción del daño antijurídico. La relación causal consiste en que por la acción de un tercero el soldado falleció. La imputación de la responsabilidad al Estado-legislador no tiene una base causal¹⁰⁸⁹.

El problema se resuelve con el criterio de imputación que consiste en establecer si existen razones o fundamentos jurídicos válidos para atribuir un resultado dañoso, como la muerte del soldado, al Estado-legislador quien no produjo causalmente el daño causado¹⁰⁹⁰; esto es, un juicio

¹⁰⁸⁹ Otro ejemplo hipotético es el de una pareja del mismo sexo que convivió por muchos años; cuando muere uno de sus integrantes el legislador ha no extendido el derecho pensional de sobrevivientes a dichas parejas y solo es aplicable a parejas heterosexuales. Aquí existe una omisión parcial que frustra una expectativa legítima de obtener un beneficio. En este caso no es posible afirmar que la relación causal entre el evento dañoso -impedimento de obtener la pensión de sobrevivientes- y el detrimento económico -daño- fue la ausencia de regulación normativa, pues no hay participación causal del legislador en la producción del daño antijurídico.

¹⁰⁹⁰ “[S]i la responsabilidad se hiciera depender de la causalidad, el Estado tendría que asumir las consecuencias de casi todos los daños que sufrieran los particulares, pues de una u otra manera, este está presente y tiene un contacto permanente en el quehacer cotidiano de los asociados, participando así de la infinita cadena causal que en algunas ocasiones termina produciendo efectos dañosos en los mismos. Piénsese por ejemplo, en los daños causados por accidentes originados por vehículos de servicio público, los cuales para poder funcionar requieren una autorización administrativa, que al ser concedida los habilita para prestar el servicio, y sin la cual este no hubiera tenido lugar

propio de imputación y no de causalidad.

En los juicios de responsabilidad con hecho generador de daño (constatación de la relación entre el hecho dañino y el daño), la imputación (decisión jurídica de atribuir) depende de la prueba de la relación causal entre el hecho dañino y su autor. En ese orden de cosas, la víctima debe probar que el hecho dañino productor del daño es imputable al demandado, puesto que este lo produjo y por el ello es responsable. En cambio, en la responsabilidad sin hecho generador de daño, en el que se encuentran los casos de omisiones del legislador, la imputación de la responsabilidad estatal no depende de una relación causal fáctica entre conducta y daño, sino en los criterios jurídicos de atribución.

Así las cosas, en los casos en los que se reprocha una acción estatal, para que sea viable el juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable un vínculo de causa a efecto entre el daño y el hecho dañino¹⁰⁹¹, y que este último sea imputable desde un punto de vista jurídico a la entidad estatal¹⁰⁹²; en estos casos la causalidad es un

(...) Pero, además de lo anterior, advertimos que a pesar que desde el punto de vista dogmático, doctrina y jurisprudencial exigen en materia de responsabilidad el vínculo causal como presupuesto para su configuración, en la práctica este elemento no está presente en todos los casos en que los operadores jurídicos declaran la responsabilidad, del mismo modo que hay eventos en que a pesar de existir un vínculo causal entre la actuación de la administración y el resultado dañoso esta no es declarada por los jueces". SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*, Doctrina y ley, Bogotá, 2011, p. 204.

¹⁰⁹¹ "[L]a responsabilidad civil supone un nexo de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho dañino. Este último debe haber sido causa generadora del daño (...) Solo el perjuicio directo podrá ser reparado, porque solo él está ligado por ese nexo de causa a efecto al acto imputado al responsable, el hecho generador": LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Legis, Bogotá, 2010, p. 78.

¹⁰⁹² "La acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa": MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año I, n. ° 1, 2004, p. 357.

presupuesto esencial que permite imputar un daño¹⁰⁹³. En cambio, en tratándose de una conducta estatal omisiva, para establecer un juicio de responsabilidad es innecesario el estudio de la causalidad, ya que la entidad demandada no participó en la producción material del daño; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por no desarrollar un encargo constitucional o supraestatal, ya que este es un problema que deberá ser resuelto no mediante el nexo de causalidad sino del juicio de imputación¹⁰⁹⁴, y este solo es posible, si se comprueba que el legislador se abstuvo injustificadamente de ejercer sus competencias frente a un deber funcional de desarrollar los encargos normativos.

Esta perspectiva lleva a superar los obstáculos en casos de la responsabilidad estatal por omisión, en los cuales tradicionalmente se han exigido fundamentos hipotético-naturalísticos imposible de demostrar, lo que necesariamente conduciría a un estadio de exoneración de la

¹⁰⁹³ “[S]e tiene que la causalidad permite al demandante determinar contra quién debe dirigir su pretensión indemnizatoria y cuáles son los daños que tiene derecho a que le sean reparados por ese agente dañador. Así mismo, la comprobación de la existencia de un nexo de causal entre la actuación de un sujeto y un menoscabo injustificado en los derechos de una persona permite al juzgador, a la hora de un juicio de responsabilidad civil, imponer la condena única y exclusivamente al causante del daño y obligarlo a resarcir solamente los perjuicios que ocasionó con su conducta (...) La causalidad evita que el débito indemnizatorio se disperse en cabeza de cualquier sujeto y lo concentra en cabeza del agente dañador, con lo que cristaliza una exigencia de justicia –y, más específicamente, de justicia correctiva– en la responsabilidad.” ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*, n.º 129 *Vniversitas*, 2014, p. 198 y 199. Cfr. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/11949/9784>.

¹⁰⁹⁴ En palabras de Pantaleón: “El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso (...), no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser –puesto a cargo– de aquella conducta como –obra– de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado”: PANTALEÓN, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561 y 1562.

responsabilidad. En consecuencia, el fundamento de atribución del resultado dañoso, esto es la muerte del soldado en el caso hipotético, quién es el llamado a responder y por qué razón, en casos de omisión se construye de manera menos intuitiva desde criterios jurídico normativos y no sobre fundamentos de hecho; se atribuirá responsabilidad en la medida que se compruebe que se han infringido estándares normativos funcionales como lo es que al no desarrollar los encargos normativos emerjan situaciones contrarias a lo dispuesto por la Constitución y las obligaciones internacionales, lo cual frustra expectativas legítimas que se concretan en daños cuyos afectados no tendrían obligación jurídica de soportar.

CONCLUSIONES

“En cambio yo me he perdido en un sueño buscando algo que no existe”

Simón Bolívar, en *El General en su Laberinto*

PRIMERA. Uno de los logros más significativos de la organización política de las sociedades contemporáneas es, sin lugar a dudas, el Estado constitucional, que es al tiempo democrático, en cuanto a la fuente del poder público, su formación y desarrollo instrumental, y sus contenidos materiales llamados a obtener el máximo consenso posible, y social, en cuanto que las obligaciones de respecto, protección y garantía de los derechos de los asociados no se circunscribe exclusivamente a los derechos individuales clásicos, sino que comprende con igual importancia a los derechos económicos, sociales y culturales, y también colectivos. Por lo anterior, el carácter democrático y social es consustancial al modelo de Estado constitucional. Aquí se produjo un cambio de paradigma del Estado legislativo de derecho anterior hacia un Estado cuya legitimidad y legalidad están fincadas en principios, valores y fines sustanciales reconocidos al más alto nivel normativo.

SEGUNDA. Todo el orden constitucional está regido por el principio de supremacía normativa, por lo cual todas las autoridades públicas están vinculadas a él. Dentro de sus desarrollos se encuentran los denominados *derechos sociales*, categoría que engloba tanto a los derechos

económicos y culturales, como a los sociales propiamente dichos, que constituyen la expresión más genuina y auténtica de principio del Estado social, con el carácter de normas superiores destinadas a obtener el mayor grado de eficacia posible, con lo cual está llamado a ser superado su carácter programático tradicional, sin fuerza vinculante. Lo anterior, significa que no existen diferencias radicales entre derechos de libertad y derechos sociales, toda vez que ambas categorías se garantizan y protegen a través de acciones positivas y acciones negativas de los Estados, según el caso.

TERCERA. Dentro de la tipología de derechos del Estado constitucional, se encuentran los denominados *derechos iusfundamentales*, los cuales bien pueden ser reconocidos expresamente por el orden constitucional o adscritos interpretativamente por el órgano judicial competente. En relación con los derechos sociales, importantes posturas doctrinarias contemporáneas han planteado la necesidad de reconocer a determinadas posiciones normativas como iusfundamentales, lo cual es un avance importante y, de igual manera, a nivel jurisprudencial se está abriendo la posibilidad de un similar reconocimiento a nivel judicial, como ha sucedido en el caso colombiano.

CUARTA. Uno de los grandes debates de la teoría jurídica es el relacionado con el concepto de los derechos subjetivos constitucionales, especialmente fundamentales, y sus garantías. Los actuales desarrollos teóricos han generado una corriente de pensamiento, según la cual es preciso distinguir entre una posición normativa en relación con un titular, un sujeto obligado y un objeto, y las garantías destinadas a velar por su exigibilidad y cumplimiento. En consecuencia, la ausencia de garantías efectivas no conlleva la pérdida de su naturaleza normativa como derecho

o de su carácter iusfundamental, según el caso; se trata de una laguna o insuficiencia normativa que debe ser colmada por el legislador.

QUINTA. Un desafío relevante para la dogmática jurídica es la definición del criterio o de los criterios de vinculación en relación con los poderes públicos, en general, y con el legislador, en particular, al cumplimiento imperativo de sus deberes de protección, respeto y garantía de los derechos. En relación con el legislador, la discusión se centra en dilucidar cuáles son los alcances y límites del principio democrático en relación con el principio de supremacía constitucional, sin que implique el sacrificio o anulación de ninguno de ellos. Al respecto, se han expuesto diversas teorías en la dogmática tendientes a dilucidar la cuestión, sin que ninguna sea satisfactoria. Por lo anterior, se plantea la idea según la cual los derechos fundamentales, en especial los sociales, pueden tener en algunas ocasiones una estructura de principios, en cuyos conflictos se aplicaría el principio de proporcionalidad, y en otras una estructura de reglas o posiciones definitivas y de vinculación directa. A esta posición se le ha dado el nombre de *teoría heterogénea* de los derechos fundamentales, la cual parte del reconocimiento de que los derechos tienen una doble esfera: una esfera interna constituida por un contenido o núcleo esencial, caracterizado por tener posiciones subjetivas, definitivas y vinculantes, y una esfera externa, regida por el principio de proporcionalidad, ámbito en el cual los derechos alcanzan un carácter vinculante *prima facie*, ya que su concreción definitiva, según el caso, podría depender de un ejercicio de ponderación si se trata de un conflicto entre derechos y en la mayoría de los casos del desarrollo legislativo. Con esto se pretende armonizar el principio democrático y el principio de supremacía constitucional. Lo que se busca es la superación de la tensión entre dichos principios, de tal manera que se garantice un núcleo esencial de los derechos y se respete la libertad de configuración legislativa investida de una limitación proporcional, porque corresponden a

necesidades técnicamente diferentes. La coherencia de un sistema normativo busca que entre sus normas haya el menor grado de antinomias o lagunas posibles.

SEXTA. En relación con la composición material de un derecho, igualmente, surge una gran problemática acerca de la determinación de su contenido. Como la tendencia del derecho constitucional contemporáneo es reconocer la existencia de un *contenido esencial* del derecho, lo que se impone resolver es cuál es ese contenido y cuál el contenido no esencial y cómo identificarlos. Logrado esto, sería posible establecer de manera más objetiva y razonable qué contenido constituye un límite infranqueable para los diversos órganos del poder público, en especial el legislador, y qué espacio queda sujeto al principio de libre configuración democrática. Debido a la textura abierta que, por lo general, caracteriza a las normas de derechos constitucionales, el problema a resolver es cómo evitar que en la labor de identificación y concreción del contenido esencial de los derechos no se imponga el criterio subjetivo o arbitrario del juez, en desmedro del principio democrático, sino que, por el contrario, existan pautas hermenéuticas que puedan ser verificables y controlables de manera objetiva.

SÉPTIMA. El derecho internacional contemporáneo, a pesar de la insuficiencia o debilidad de los mecanismos jurídicos de protección, cumple a nivel del derecho interno una importante función (i) como fundamento para el ejercicio del control de constitucionalidad, (ii) como inspirador de leyes y definición de políticas públicas y (iii) como parámetro para la definición judicial de casos concretos. Los derechos sociales reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen un conjunto normativo de gran importancia para la definición y concreción de las obligaciones internacionales de los Estados, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional. Este ordenamiento

supranacional se vincula al contenido constitucional de los derechos y conforma un bloque de constitucionalidad, con lo cual adquiere plena fuerza vinculante a nivel doméstico.

OCTAVA. Una respuesta que cumple satisfactoriamente los requerimientos de criterios objetivos y controlables objetivamente para la identificación y concreción del contenido esencial de los derechos constitucionales es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en primer lugar, por su contenido normativo en cuanto a la definición de los derechos y los compromisos de los Estados y, en segundo lugar, por los estándares internacionales establecidos por los órganos competentes, los cuales constituyen doctrina autorizada sobre el alcance hermenéutico tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto permite la identificación o el reconocimiento de contenidos esenciales de los derechos a través de subreglas jurisprudenciales a nivel interno, lo cual representa una posibilidad de un contenido más garantista de conformidad con las necesidades históricas y las reivindicaciones sociales a la luz del principio de progresividad. Al respecto, el caso colombiano es una muestra de cómo dichas fuentes provenientes del derecho internacional han servido para tales propósitos.

NOVENA. Resueltos los interrogantes sobre la identificación y la concreción del contenido esencial de los derechos y los mecanismos de garantía, surge una segunda tarea que tiene que ver con la identificación de la *esfera externa* de los derechos, para lo cual existen dos vías posibles: (i) la aplicación del principio de proporcionalidad que permita en una labor hermenéutica lograr una concreción *prima facie* de los derechos, cuando esta es posible, y (ii) el desarrollo normativo de los derechos por parte del legislador cuando esto es necesario y que constituye la vía natural para que puedan alcanzar una concreción

definitiva y poder ser efectivamente garantizados. Se trata de la definición democrática de las especificidades materiales y de los instrumentos y medios de realización de los derechos, en aplicación de las competencias de libre configuración que está investido el legislador.

DÉCIMA. Surge una importante problemática que consiste en qué hacer cuando aquellos derechos que necesitan del desarrollo legislativo para adquirir plena eficacia carecen indefinidamente de él. La salida clásica es que esta disfunción grave del sistema jurídico es ajena al mismo, puesto que corresponde a un problema que debe definirse en el espacio político. Si bien es cierto que constituye una salida posible y deseable en una sociedad democrática bien informada y activa, con capacidad para exigirle una rendición de cuentas al legislador omisivo y presionar definiciones y, aún, cambiar a sus integrantes a través de las vías democráticas, lo cierto es que sí constituye un problema que exige una respuesta del espacio jurídico, sin la pretensión de desplazar a la primera solución sino de complementarla, por dos razones básicas: (i) El Estado constitucional finca su legitimidad en la fuerza normativa de sus ordenamientos y en su vinculancia plena para todos los poderes públicos; de tal manera que si en el ámbito político se reconocen derechos con el carácter de iusfundamentales, es porque están llamados a producir plenos efectos y no meras expectativas sin voluntad para ser cumplidos; esto significa que el debate político sobre su reconocimiento ya se superó y lo que sigue es cómo garantizar esos derechos y libertades. (ii) En el modelo del Estado constitucional, social y democrático el legislador es un protagonista de primer orden, por cuanto tiene la tarea de ser el continuador de la obra del constituyente, es su prolongación en el tiempo, puesto que tiene la misión muy importante de realizar los cometidos constitucionales, concretar el contenido material de los derechos, cuando esto se requiere, y producir los instrumentos que permitan garantizar su eficacia; debido a ello en el orden constitucional existen mandatos de desarrollo legislativo, cuyo

incumplimiento genera graves consecuencias para el orden jurídico y en especial para los potenciales titulares de los derechos.

UNDÉCIMA. Es un avance muy significativo de las sociedades y de los Estados democráticos contemporáneos que exista control judicial constitucional de la actividad legislativa. Si bien en su momento tuvo que enfrentarse a fuertes posiciones que lo calificaban con una pretensión de socavar el carácter soberano del representante legítimo del pueblo en su voluntad de autodeterminación, hoy constituye un pilar fundamental indispensable del Estado constitucional, sin el cual se correría el peligro de volver a experiencias históricas nefastas para la humanidad en donde Estados autoritarios sin control judicial efectivo se convirtieron en la mayor amenaza para los asociados. De allí que sea la justicia constitucional la defensora de la Constitución y como tal le corresponda velar por su supremacía e integridad.

DUODÉCIMA. En desarrollo de las competencias de defensa integral de la supremacía de la Constitución, los tribunales constitucionales han venido enfrentando cada vez más con mayor fuerza y resolución una de las facetas de la omisión de desarrollo legislativo que produce efectos graves de desprotección de derechos y de discriminación injustificada, cual es la *omisión relativa inconstitucional*. Al respecto, se han diseñado métodos creativos y efectivos de solución de la insuficiencia normativa a través de la integración normativa, la interpretación conforme a la Constitución o la extensión del alcance normativo a otros supuestos fácticos con fin de superar un tratamiento discriminatorio de un sector de la población, entre otros. Es una respuesta judicial muy importante, cada vez más extendida y consolidada y acorde con la misión de defensa del orden constitucional.

DECIMATERCERA. El problema mayor y que suscita gran polémica en su solución lo constituye la *omisión legislativa absoluta*. Hasta ahora la tendencia predominante ha sido afirmar que se trata de un problema

esencialmente político, sin solución a través de la justicia constitucional. Sin embargo, es preciso afirmar, en coherencia con la línea de argumentación hasta aquí desarrollada, que si bien lo deseable en un sistema político democrático es que el incumplimiento de mandatos de desarrollo legislativo provenientes del orden constitucional o del derecho internacional o comunitario sean resueltos positivamente en los órganos competenciales de producción normativa, ¿qué hacer cuando dicho incumplimiento se prolonga sin ninguna justificación más allá de lo razonable, lo cual congela la voluntad del constituyente, impide a sus potenciales titulares el disfrute de mayores derechos y libertades y produce *efectos implícitos* contrarios a la disposición superior? Lo preocupante es que esos efectos implícitos contrarios a derecho pueden generar una mutación constitucional de hecho que desafía a un orden jurídico llamado a prevalecer y producen una tensión de insatisfacción deslegitimadora del modelo de Estado. Por lo anterior, se impone la necesidad de construir un verdadero *control integral* de la Constitución ejercido por la justicia constitucional.

DECIMOCUARTA. Sin justificar o propender por activismo judicial sin control, es preciso reconocer que sin afectar el principio democrático, esto es, sin invadir las competencias propias del legislador, algunos tribunales constitucionales han ensayado una serie de técnicas para enfrentar las omisiones absolutas de desarrollo legislativo con resultados nada infructuosos. Es preciso destacar las exhortaciones o llamados al legislador que tiene tres significaciones importantes: (i) se trata de constataciones que realiza el propio defensor de la Constitución, por lo cual su criterio posea una fuerza de autoridad muy importante y, además, es un llamado de alerta ante un eventual juicio de responsabilidad del Estado ante posibles daños antijurídicos; (ii) hace visible la problemática a nivel de la opinión pública, lo cual puede generar importantes repercusiones para que sea resuelta a través de los canales de

participación democrática de la ciudadanía; (iii) constituye una oportunidad propicia para que el legislador asuma con seriedad el llamado y actúe en consecuencia, lo cual ha sucedido en muchas ocasiones, tal como lo demuestra la experiencia de países como Alemania, Italia y España. Igualmente, es preciso destacar como un importante mecanismo judicial efectivo el amparo constitucional provisional de un afectado en un caso concreto, mientras se produce la necesaria regulación normativa legislativa.

DECIMOQUINTA. No solo la Constitución es fuente de mandatos de desarrollo normativo al legislador, también lo es el derecho internacional, en especial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los acuerdos supraestatales de integración regionales o comunitarios, que igualmente incorporan obligaciones de desarrollo legislativo. Por lo anterior, es preciso replantear teóricamente el fenómeno de la omisión legislativa porque hasta ahora solo se ha puesto énfasis en su disfunción con la Constitución bajo la categoría de “inconstitucionalidad por omisión”; como el fenómeno es más complejo y más amplio se propone acuñar la categoría de *omisión de desarrollo legislativo*, para que sea comprensiva tanto del conflicto con el orden constitucional como internacional o supraestatal y su verificación sometida a un *test*.

DECIMOSEXTA. En el proceso de consolidación y fortalecimiento de garantías judiciales a los derechos propio del modelo del Estado constitucional, existe un mecanismo de control de la conducta de las autoridades públicas, tan importante como el control de constitucionalidad, como lo es el que realiza la justicia administrativa en relación con la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que pueda eventualmente generar a los asociados. La larga y tortuosa evolución que ha tenido en el derecho contemporáneo la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado se ha guiado por la idea de que no es posible tolerar ningún margen de inmunidad del ejercicio del poder público cuando

se producen perjuicios imputables al Estado y cuya víctima no tiene el deber jurídico de soportarlos.

DECIMOSÉPTIMA. El gran debate se presenta en relación con la función legislativa de si es posible considerar que pueda generar daños con el carácter de ser indemnizables. Al respecto, es posible identificar dos importantes manifestaciones o respuestas: (i) el propio orden normativo establece en qué situaciones fácticas el Estado estaría llamado de responder por eventuales perjuicios por el ejercicio de la función legislativa, como sucede en España; (ii) es tarea de la jurisprudencia administrativa definir cuándo habría lugar a ello, como sucede con el caso francés y colombiano. Se han producido avances destacados de origen pretoriano en donde, en aplicación del principio de igualdad constitucional, se ha responsabilizado al Estado por los daños que sufren algunas personas por el hecho de las leyes, que les ha impuesto una carga mayor que al resto de los ciudadanos, y para ello se ha acudido al título de imputación denominado “daño especial”. Sin embargo, esta respuesta jurisprudencial no ha avanzado hacia la responsabilidad estatal por la función legislativa ante eventuales daños producidos con ocasión de la omisión de desarrollo legislativo.

DECIMOCTAVA. A diferencia de lo que ocurre en la justicia administrativa interna, los tribunales supraestatales que tienen competencia para resolver litigios de responsabilidad internacional del Estado han avanzado de manera muy significativa al considerar que un Estado puede ser llamado a reparar un daño que padece un particular en razón del incumplimiento del deber de legislar. Lo curioso es que en la práctica se están produciendo una serie de decisiones en tal sentido, sin el acompañamiento de amplias discusiones o desarrollos teóricos, desde la perspectiva del instituto de la responsabilidad estatal, que analicen,

critiquen o estimulen el desarrollo de estos alcances, siendo de suma importancia lo que está sucediendo.

DECIMONOVENA. Con el propósito de abrir el debate y defender la idea según la cual el Estado podría ser llamado a responder ante la justicia administrativa interna por los daños padecidos por una persona ante la falta de cumplimiento del deber de desarrollo normativo, se propone que esto podría ocurrir bajo el título de imputación por *defraudación de la confianza legítima* ante una expectativa cierta de desarrollo normativo, que hubiere permitido una mayor garantía de derechos o disfrute de los mismos. Como se trata de un fenómeno omisivo es irrelevante o imposible encontrar una relación causal material del legislador con el daño antijurídico, por lo cual es fundamento suficiente para estructurar un juicio de responsabilidad la existencia de un criterio jurídico de atribución de dicho daño al Estado.

VIGÉSIMA. Es preciso señalar que es irreversible en los Estados democráticos de occidente el proceso cada vez más consolidado de control judicial de la omisión de desarrollo legislativo. Es significativo que varias Constituciones de los últimos años hayan atribuido a los tribunales constitucionales el control de la omisión legislativa, tanto de la relativa como absoluta. Pero, vale destacar que no ha sido ningún obstáculo para algunos tribunales constitucionales la inexistencia de un dispositivo normativo de competencia para ejercer control sobre las omisiones de desarrollo legislativo; por el contrario, han desarrollado una tarea muy importante, efectiva y quizás más destacada que aquellos tribunales que se encuentran expresamente facultados para realizarla.

FINAL. Es muy posible que la problemática que se abordó a lo largo de esta investigación no sea tan relevante en sociedades democráticas consolidadas y que cuentan con instituciones públicas fuertes, respetuosas de los derechos y cumplidoras de sus deberes. En

Latinoamérica todavía sigue siendo una aspiración ese nivel de desarrollo, y la democracia real y un Estado constitucional, social y democrático todavía están en un proceso importante de construcción y consolidación. Es en estos escenarios en donde tiene pleno sentido e importancia debatir sobre estos problemas y buscar alternativas de solución. Y de manera especial para Colombia, en donde enfrentamos un gran desafío de cambio, tras tantos años de guerra interna, y vemos con sobresalto y no sin esperanza la posibilidad de construir un verdadero Estado social y democrático que garantice condiciones de vida digna para todos y en donde sea posible la felicidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GALVIS, Ricardo. "Introducción al estudio del *ius cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI", en *Universitas*, n° 123, Bogotá, 2011.

ABENDROTH, Wolfgang, *Sociedad antagónica y democracia política*, trad. M. Sacristán, Grijalbo, Barcelona, 1978.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, R. Gargarella (coord.), Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

-----, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2006.

-----, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y DUQUE VALLEJO, Ana María. "Declaración universal de derechos humanos ¿norma de *ius cogens*?", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 12, Bogotá, 2008.

AGUIAR DE LUQUE, Luis y PÉREZ TREMPES, Pablo (editores), *Normas Políticas*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2001.

-----, "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", *Revista de Derecho Político*, n.º 24, 1987.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, enero-abril, 1991.

-----, "Marbury versus Madison, doscientos años (y mas) después", en *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Fundamentos n° 4, Junta General del Principado de Asturias, Juan Luis Resquejo Pagés (coord.), 2006.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., Madrid, 2007.

- , “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- , *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2002.
- ALONSO, Luís Enrique. “Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación”, en M. Pérez Ledezma (comp.), *Ciudadanía y democracia*. Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2000.
- ALVAREZ BARBEITO, Pilar. “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del derecho comunitario”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Javier. “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en María José Bernuz Benéitez y Manuel Calvo García (editores), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- , *Una discusión sobre derechos colectivos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2001.
- AÑÓN ROIG, María José y otros, *Lecciones de Derechos Sociales*, Valencia, segunda edición, 2004.
- , “El derecho a no padecer de hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda en derechos sociales”, en V. Abramovich, M. J. Añón y C. Courtis (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Doctrina jurídica contemporánea, México, 2003.
- , *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- , “Derechos humanos y obligaciones positivas” en Ma. José Bernuz Benéitez y Manuel Calvo García (ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ARAGON REYES, Manuel. “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, nº 50, Madrid, 1986.
- , “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, Madrid, 1987.
- ARANGO, Rodolfo y otros, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- , *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital. Estudio del caso: despido injusto de mujer embarazada*, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- ASIS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Universidad Carlos III/Dykinson, 2001.
- ASTUDILLO, Cesar. “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Miguel Carbonell (Coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

ATIENZA, Manuel. "Constitucionalismo, globalización y derecho", en *El Canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

ATRIA, Fernando, *Doxa, Discusiones: Derechos sociales*, N° 4, 2004.

BÁEZ SILVA, Carlos. "La omisión legislativa y su inconstitucionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Revista Jurídica Nueva serie año XXXV número 105, septiembre – diciembre, UNAM, 2002.

BACHOF, Otto. "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, n.º 57, 1986.

BALDASSARE, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. S. Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, 2000.

BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BAZAN, Víctor. "Jurisdicción constitucional y local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004.

-----, "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales, especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Colombia, 1997.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2006.

BELTRAN DE FELIPE, Miguel y GONZALEZ GARCÍA, Julio. "Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América", en *Boletín Oficial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2006.

BENDA, Ernst. "El Estado social de Derecho", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Hiede, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición en castellano, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

-----, "La democracia como principio constitucional en América Latina", en *Cuestiones constitucionales*, n° 17, julio-diciembre, 2007.

-----, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿existen derechos sociales?" de Fernando Atria", *Doxa, Discusiones*, N° 4, 2004.

-----, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, GASCÓN ABELLÁN, Marina, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *Anuario Jurídico*, UNAM, N°. VI, México, 1979.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

-----, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde, Nomos Verl.-Ges, Baden-Baden, 1993.

-----, "Los derechos sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde, Nomos Verl.-Ges, Baden-Baden, 1993.

BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, No. 248, México, 2005.

BRANCA, Giuseppe. "Caratteristiche e funzione dei giudizi di legittimità costituzionale", en *Relazione dell'Accademia dei Lincei*, 1972.

BREWER CARIAS, Allan y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

-----, *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000.

BRONDE, Séverine, FOULQUIER, Norbert, HEUSCHLING, Luc (dirs.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2001.

BRUST, Leo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011.

BUI-XUAN, Olivia, *Le droit public français, entre universalisme et différentialisme*, Economica, París, 2004.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo III, 29a. Omeba, Buenos Aires, 2003.

CAMPOS, BIDART, Germán. "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", UNAM, México, 2003.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

-----, *En busca de las normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

CÁRDENAS, Blanca Raquel, *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

-----, *Del estado de cosas inconstitucional (eci) a la formulación de una garantía transubjetiva*, tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, t. 1, París, 1920, CNRS, 1962, obra traducida al español por J. Lión Depetre: CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2 ed., FCE-UNAM, México, 1998.

CASADO RAIGÓN, Rafael, *Notas sobre el "ius cogens" internacional*, Universidad Nacional de Córdoba, España, 1999.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", en *Ponencia del Tribunal Constitucional de España, XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilna (Lituania), 2008.

CASCAJO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

-----, "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", en *Separata*, No 199, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1993.

CEBADA ROMERO, Alicia. "Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del Nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002.

CHEVALLIER, Jacques, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 3 ed., París, 1999.

COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990.

COLAUTTI, Carlos, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo) constitucionalismo un análisis metateórico" en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

CONAG, Gérard, DEBENE, Marc y TEBOUL, Gérard (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Ed. Económica, París, 1993.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COURTIS, Christian. "Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007.

-----, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

CRISAFULLI, Vezio. "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1960.

-----, *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, vol. I, 2° ed, Italia, 1970.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

-----, "Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad", en Espinoza, Javier y Jorge Ordóñez, *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2013.

DANTAS, Ivo, *Mandado de injunção. Guia teórico e práctico*, 2ª edic., Aide, Rio de Janeiro, 1994.

DA SILVA, José Alfonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 8ª edic., 1992.

DAU-LIN, Hsü, *Mutación de la Constitución (1932)*, trad. C. Förster y P. Lucas Verdú, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.

-----, "Formalistischer und antiformalistischer Verfassungsbegriff", en *Archiv des öffentlichen Recht.* XXII, N°. 1, 1932.

-----, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co, Berlin y Leipzig, 1932.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo. "La inconstitucionalidad por omisión", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 6, 2002.

DE ASIS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 4ª. ed., 1997.

DE VEGA GARCIA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1991.

DI MANNOO, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica PUAM, Paris, 1997.

DÍAZ, Elías. "Estado de derecho y legitimidad democrática", en *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, M. Carbonell, W. Orozco y R. Vásquez (coords.), Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2002.

-----, "Estado de derecho", *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel (eds.) Trotta, Madrid, 1996.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, LexNova, Valladolid, 2000.

-----, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.

DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, trad. Adolfo y Carlos Posada, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, 2ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1995.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. "Las sentencias interpretativas o manipulativas y su utilización por el tribunal constitucional peruano", en *Estudio en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 2008.

-----, "Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie doctrina Jurídica, No. 108, 2002, México.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela, *La modulación de sentencias y el poder normativo de la Corte Constitucional colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás. “Derechos sociales, republicanism y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

FAVOREU, Louis y otros, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. “Précis”, París, 1998.

-----, “Légalité et constitutionnalité”, en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 3, París, 1997.

-----, “La décision de constitutionnalité”, en *R.I.D.C.*, 2-1986.

FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998.

-----, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, mayo-agosto, 1995.

-----, “Las sentencias constitucionales en el derecho comparado”, en T. II. BAZAN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 75, Madrid, 2008.

-----, “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994.

-----, “El control de las omisiones legislativas por el *BUNDESVERSASSUNGSGERICHT* (Tribunal Constitucional)”, en Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, BAZAN, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2011.

-----, “La democracia constitucional”, M. Carbonell (ed.), *Democracia y garantismo*, trad. A. Greppi, en Trotta, Madrid, 2008.

-----, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (editor), Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, Madrid, 2007.

-----, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

-----, *Derechos y garantías, La ley del más débil* (prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid, 2002.

-----, “Derechos Fundamentales”, en A. de Cabo y G. Pisarello (ed.), “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Trotta, Madrid, 2001.

- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. A. Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.
- , *Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, Vol. I, Teoría del derecho, Trotta, Madrid, 2011.
- , *Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, Vol. 2, Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011.
- , "Garantismo y Estado de derecho", en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- , "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, 1992.
- , "Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero", trad. N. Guzmán, en *Isonomía*, N°. 19, 2003.
- , "Garantías", en *Parole chiave*, trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, N°. 19, 1999.
- , "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Isonomía*, N°. 16, México, 2002.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", en *REP*, No. 81, junio-septiembre de 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 3ª edición, 2000.
- , *Constitución: de la antigüedad hasta nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- FORSTROFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- FRISCH PHILIPP, Walter y TORRES, Sergio. "Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y México", en *Anales de Jurisprudencia, Reedición de "Estudios jurídicos"*, tomo 138, México, 1970.
- FROMONT, Michel. "République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit", en *Revue du droit public*, n°5, 1984.
- FUARÉ, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- GAONA CRUZ, Manuel, *Estudios constitucionales*, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otros, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, reimpresión, 2001.
- , *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Temis, Bogotá - Lima, 2008.
- , *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, Madrid, 2005.
- , *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3 ed., Civitas, Madrid, 1989.

-----, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1989.

GARCÍA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª. edic., Alianza, Madrid, 1985.

GARGARELLA, Roberto. “Teoría de la democracia, los derechos jurídicos y sociales”, en *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*, INECIP, 2006.

-----, “Justicia dialógica y derechos sociales”, en ESPINOZA de los MONTEROS Javier y ORDOÑEZ, José (coords), *Los Derechos Sociales en el Estado constitucional*, Valencia, 2012.

GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, 4ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1991.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-----, “Representación y democracia” en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GAURI, Varun y BRINKS, Daniel M., “Introduction: the elements of legalization and the triangular shape of social and economic rights”, en *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Nueva York, Cambridge, University Press, 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

-----, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, UNED, 2007.

-----, “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2007.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, *Derecho Internacional Público*, Bogotá, Temis, 2005.

GEISSE FERNÁNDEZ, Luis Felipe y otros, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa; criterios jurisprudenciales del tribunal constitucional chileno*, Universidad de Chile, 2014.

GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edic., Almedina, Coimbra, 1993.

-----, *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Editora Coimbra, Coimbra, 1982.

-----, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995.

-----, “Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. O direito à emanação de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas”, en Salvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

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

-----, “Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la Televisión”, en *Revista española de derecho administrativo*, No. 84, 1994.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, José, “La justificación del Estado de bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, en V. Theorio y F. Prieto (dirs.), *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Etea, Córdoba, 1995.

GONZÁLEZ AYALA, Ma. Dolores. “El Estado social en España”, en VV.AA., *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson, Madrid, 1996.

GONZALEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

GONZALEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

GUASTINI, Ricardo, “Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho procesal constitucional en América y Europa*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

-----, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999.

-----, “Derechos: una aproximación analítica (DRAFT)”, trad. A. Greppi, en SAUCA, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

-----, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

-----, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. J. M. Lujambio, en *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2003.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José, *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2009.

GUTIÉRREZ, Ignacio. “Globalización, Estado y derecho constitucional” en *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2002.

- GUTIERREZ ZARZA, María de los Ángeles. “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 3, 1995.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003.
- , *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, trad. I. Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, introducción y traducción M. Jiménez Redondo, 4ª edic., Trotta, Madrid, 1998.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY John, *El federalista* (prólogo y traducción de G.R. Velasco), Fondo de Cultura Económica, segunda reimpression, México, 2006.
- HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, 2ª. edic., tres vols., trad. L. Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 1985.
- HELLER, Herman: *Escritos Políticos*, trad. S. Gómez de Arce, Alianza, Madrid, 1985.
- , *Teoría del Estado* (1934), trad. L. Tobío, 7ª reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “La justicia constitucional en Costa Rica”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- , “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, Año 14, No. 41, Mayo-agosto 1994.
- HESSE, Konrad, *Significado de los derechos fundamentales*. En “*Manual de Derecho Constitucional*”, Marcial Pons, Madrid, 2ª edic, trad. A. López Pina, 2001.
- , *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- HOHFELD, Wensley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. G. R. Carrió, Fontamara, México, 2004.
- JELLINEK, George, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, traducción y estudio preliminar de A. Posada, UNAM, México, 2000.
- , *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970.
- , *Reforma y Mutación de la Constitución* (1906), trad. C. Foster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo. “Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos” en *Nova et Vetera*, 2011.
- JIMENEZ CAMPO, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

-----, "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley", en Eliseo (ed), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, AJA, Ariel, Barcelona, 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. "El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001", en E. Montealegre Lynett (coord.), *Anuario de derecho constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-----, *Las Ramas Ejecutiva y Judicial del poder público en la Constitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

KANTOROWICS, Hermann, "La lucha por la Ciencia del Derecho", en *La ciencia del derecho*, trad. W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, 13ª edic., Porrúa, México, 2003.

-----, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928), trad. R. Tamayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

-----, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.

-----, *Teoría general del derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), 4a. reimp., UNAM, México, 1988.

-----, *Teoría General de las normas*, editorial Trillas, México, 2007.

LABAND, Paul. "Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung", en *Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresen*, 1895.

LANGFORD, Malcolm. "La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría", en Malcolm Langford (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

-----, "Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico", en *Revista internacional de derechos humanos*, vol. 6 n° 11, São Paulo, 2009.

LAPORTA, Francisco. "El ámbito de la Constitución", *Doxa*, n.º 24, 2001.

LIET-VEAUX, Georges. "La fraude à la Constitution", en *R.D.P.*, Sirey, Paris, 1942.

LOSCHAK, Danièle. "Le principe de légalité", en *AJDA*, París, 1981.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., Ariel, Barcelona, 1983.

LOPEZ CADENA, Carlos. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la corte constitucional colombiana. concepto, justificación y límites*, tesis doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2007.

-----, "Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos", en *Revista Derecho del Estado*, n° 22, Universidad Externado de Colombia, 2009.

LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad y la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.

LOPEZ GUERRA, Luis y otros, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

-----, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2ª. edic., Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2006.

-----, *Teoría Impura del derecho*, Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2004.

LÓPEZ PASTRANA, Carlos, *La Responsabilidad del Estado por Omisión Legislativa sobre la Población LGTBI*, FT Law & Tax, Bogotá, 2013.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Editorial Comares, Granada, 1996.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid, 1985.

LUHMAN, Niklas, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Dunker y Humblot, Berlin, 1966.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. "Globalización y constitución débil" en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 7, UNAM, México, 2001.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑAN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *Derecho Internacional Público, Parte General*, cuarta edición, Trotta, Madrid, 2005.

MARTIN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. "Tipos de sentencia en el control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista de Socio Jurídicos*, Vol. 2. No. 1, 2000.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

MARX, C., "Crítica al programa de Gotha", en C. Marx y F. Engels, *Obras Escogidas, Tomo III*, Editorial Progreso, Moscú, 1981.

MAYER, Franz C. *La Charte européenne des Droits Fondamentaux et la Constitution européenne*", Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2003.

MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán(1904)*, trad. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, vol. I, Buenos Aires, 1982.

MEIL LANDWERLIN, Gerardo. "El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas" en *Revista de Estudios Políticos*, 42, 1984.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Editora Coimbra, V. II, Coimbra, 1993.

-----, *Teoria do Estado e da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2002.

MODESTO, Paulo. "Inconstitucionalidade por omissão: categoría jurídica e ação constitucional específica", en *Revista de Direito Público*, N° 99, julio-septiembre, 1991.

MONTELLA, Mario, *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*. Maggioli Editore, Rimini, 1992.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes* (1748), trad. M. Blázquez y P. de Veda, Tecnos, Madrid, 1972.

MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

MORALES, Leticia, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

MORALES VELASQUEZ, Andrés, *Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, Ibañez, Bogotá, 2013.

MORESO, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales", en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

MORTATI, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 7ª ed., t. I, 1967.

MÜLLER, Friedrich. "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", trad. L. Villacorta, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n°. 27, septiembre-diciembre de 1989.

-----, *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, trad. S. Gómezde Arteché y Catalina, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MURILLO GRANADOS, Adolfo, *Las omisiones legislativas en materia penal en Colombia a partir de 1991*, tesis de doctorado en derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina, *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009.

NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Ius et Praxis*, N° 2, 2005. Igualmente, en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2255406>.

-----, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, Porrúa, México, 2004.

NOZICH, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", en *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, 2004.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. y LEJARZA A., Jacqueline (com.), *Constituciones Latinoamericanas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando, "Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿veleidad o independencia del juez?", en José Luis Benavides (comp), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.

-----, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *REDC*, Nº 3, 1981.

PARRA VERA, Oscar, VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu, ENRIQUE MARTIN, Agustín, *Protección Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008.

PARRA VERA, Oscar, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", en Courtis, Christian (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

-----, *El derecho a la salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, serie DESC, Bogotá, 2003.

PAZOS GUERRERO, Ramiro y otros, *La responsabilidad del Estado por la función constituyente: el caso colombiano*, Grupo de Estudios en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

PECES-BARBA, Gregorio y otros, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Elcano, 2001.

-----, "Los derechos colectivos", en F. J. Ansuátegui Roig (editor), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001.

-----, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Universidad Carlos III/Dykinson, Madrid, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.

PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas* (Contributo para una teoria da inconstitucionalidade por omissão), Universidad Católica Editora, Lisboa, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1999.

-----, *Los derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 7 ed., 1998.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, novena edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.

-----, "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 10, 1984.

PICARDI, Nicola. "La sentenze "integrative" della Corte costituzionale", en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Constantino Mortati*, Vol. IV, Giuffrè, Milán, 1977.

PICO, Josep, *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, 2ª edic., Siglo XXI, Madrid, 1990.

PISARELLO, Gerardo, "Derechos sociales y principio de no regresividad en España", *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

-----, "Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas entre la pesadilla y la esperanza", en VV.AA., *Estado de derecho. Concepto, fundamento, y democratización en América Latina*, Siglo XXI, México, 2003.

-----, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

-----, "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Víctor Abramovich, María José Añón, Christian Curtis (comps), *Derechos sociales, Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Buenos Aires, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. "Les effets des décisions du juge constitutionnel", en *A.I.J.C.*, París, 1994.

-----, *Lecciones de Derecho Constitucional*, prólogo de F. Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Vol. II, Madrid, 1984.

POLITI, F, "Principio di continuità dell ´ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: "giusta preoccupazione" o "eccessivo timore" della giurisprudenza costituzionali per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992.

POURHIET, Anne-Marie. "Discriminations positives ou injustice?", en *R.F.D.A.*, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en Víctor Bazán (coord.), *Derecho procesal constitucional en América y Europa*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

-----, "Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos", en José Antonio López García y Alberto del Real (eds), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

-----, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005.

-----, "El constitucionalismo de los derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, M. Carbonell (editor), Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007.

-----, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de Las Casas N° 7, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1998.

-----, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 22, sep.-dic., 1995.

-----, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

-----, "Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los Presupuestos Históricos, Ideológicos y Doctrinales de la Jurisdicción Constitucional", en Coord. Juan Luis Resquejo Pages, *Fundamentos n.º 4: La Rebelión de las Leyes Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, 2006.

-----, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid 1987.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel, *La acción de tutela. El amparo en Colombia*, Temis, Bogotá, 2001.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "Sobre la interpretación constitucional", en *La interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1975.

RAMELLI, Alejandro. "Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia", en *cuestiones constitucionales*, UNAM, México, 2004.

RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n° 18, Bogotá, 2006.

RANGEL HERNANDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, Porrúa, México, 2009.

REBOLLO PUIG, Manuel, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", en *Revista de Administración Pública*, n° 125, mayo-agosto, 1991.

RECASENS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980.

REQUEJO PAJES, Juan Luis. "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", en *Ponencia para el XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, Vilna, 2008.

RIBEIRO, Vinicio, *Constituição da República Portuguesa*, Libreria Almedina, Coimbra, 1993.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris, 2007.

RODRÍGUEZ HUERTAS, Gabriela, "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en Christian Courtis, Denise Hauser, Gabriela Rodríguez Huertas (comps), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.

RODRÍGUEZ MACHADO, Marcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N° 30, diciembre de 1988.

ROLLA, Giancarlo, “Técnicas de garantía y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Consideraciones sobre las Constituciones de América Latina y de la Unión Europea”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, tomo I, Buenos Aires, 2010.

ROMBOLI, Roberto. “Italia”, en Eliseo (Ed)., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, AJA, Barcelona, Ariel, 1998.

ROSANVALLON, Pierre, *La crise de l’Etat-providence*, Ed. du Seuil, Paris, 1981.

ROSSI, Julieta, “Mecanismos internacionales de los derechos económicos, sociales y culturales” en Víctor Abramovich, María José Añón, y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.

ROSSI, Julieta, “La obligación de no regresividad en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco y otros “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en VVAA, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vol. II, San José, 1998.

-----, *La forma del poder, estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

-----, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

-----, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 22, 1988.

-----, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, 1982.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, N° 15-16, Vol. II, 1994.

RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 2, 2004.

SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Ponds, Madrid, 2009.

SAGUES, Néstor Pedro. “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, en *Ius et Veritas, Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°5.

-----, “Prólogo” al libro de BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992.

-----, "La inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, BAZÁN, Bogotá, Temis, 1997.

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

SALERNO, Giulio María, "Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria", en *Giurisprudenza italiana*, 1989.

SALGAR VEGALARA, Luis Jaime. "El costo de los derechos sociales", en *Precedente*, Universidad ICESI, Cali, 2002.

SANCHEZ PEREZ, Alexander. "La Agencia nacional de defensa jurídica del Estado y las vicisitudes en el sistema de fuentes para la administración", en *Visión Jurídica*, n° 2, Bogotá, 2013.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. "Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. Una aproximación al origen del concepto", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, No. 58, enero-abril, 2000.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", en *RAP*, n° 68, Madrid, 1972.

SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. "Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 41, 1994.

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. *La falla del servicio legislativo. Hacia la construcción de un régimen especial de responsabilidad*, Tesis de Maestría en Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, presentación y traducción F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.

-----, *El concepto de lo político* (1932), versión de R. Agapito, Alianza, Madrid, 1991.

SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.

SEPÚLVEDA, Magdalena, "La Interpretación del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la expresión "progresivamente"", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto, Centro de Asesoría Legal, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006.

-----, "La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos", en *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, trad. F. Ayala, Aguilar, Madrid, 1973.

SCHLAICH, Klaus, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", trad. L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de Casas, en FAVOREU, Louis, (coord.), *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1984.

SOLANO GONZÁLEZ, Édgar. “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: Bases crítica para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

SOTELO, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010.

SQUELLA, Agustín. “Democracia y derecho” en *El derecho y la justicia, Enciclopedia iberoamericana de filosofía*. Ernesto Garzón Valdes y Francisco Laporta (edits.), Trotta, Madrid, 1996.

TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El precedente en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*, Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

TORNOS MAS, Joaquín. “La relación entre la ley y el reglamento: reserva de ley y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, enero-diciembre, 1983.

TORO HUERTA, Mauricio Iván del. “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.

UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos, *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho. Discurso Jurisprudencial. Elementos. Usos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo y otros. “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, T. IV Derechos Fundamentales y Tutela Constitucional, México, 2008.

-----, “Constitución de 1991, Estado Social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas” en V.A., *El debate a la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia/ILSA, Bogotá, 2002.

-----, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, T. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Bogotá, 2001.

-----, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, FUAC, Bogotá, 1992.

VALDÉS, Clemente. “Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, n° 4, México, 2005.

VALDÉS, Diego, “Panorama comparativo de la protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en Víctor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.

VANNOSI, Jorge Reinado A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, tercera edic., 2000.

VARELA SUANZES, Joaquín (ed.), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, trad. I. Fernández Sarasola y otros, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés, "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado "Estado de cosas Inconstitucional" en *Revista de Estudios Constitucionales*, año I, n.º I, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003.

VECINA CIFUENTES, Javier, "Las 'sentencias aditivas' del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador", en *Justicia*, Nº. III y IV, 1993.

VIGO, Rodolfo, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

-----, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional", en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes, ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, 2007.

-----, *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, 2003.

VOLTAIRE. "Fragment des instructions pour le Prince Royal", en *Oeuvres Complètes*, Baudouin Frères, 2ª ed., París, 1926.

WEBER, Albrecht. "Alemania", en Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, AJA, Ariel, Barcelona, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, 6ª edición, Trotta, Madrid, 2005.

-----, "La Constitución y sus normas", en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Porrúa, México, 2000.

-----, "Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce de incostituzionalità: possibilità e limite", en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

-----, "Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionale", en *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c; della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta*, nei giorni 8 e 9 novembre 1991.