

**DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA
DE LUIGI FERRAJOLI, OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES Y
POSICIONES JURÍDICAS SOCIALES FUNDAMENTALES**

ANDRÉS ALONSO MORALES VELÁSQUEZ

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO. PROGRAMA EN INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ, DICIEMBRE DE 2010.**

**DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA
DE LUIGI FERRAJOLI, OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES Y
POSICIONES JURÍDICAS SOCIALES FUNDAMENTALES**

ANDRÉS ALONSO MORALES VELÁSQUEZ

Tesis de grado para optar por el título de MAGISTER EN DERECHO

Director de tesis: Pr. Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO. PROGRAMA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ, DICIEMBRE DE 2010.**

Nota de aceptación:

Firma del jurado

Firma del jurado

Dedicatoria:

Con el generoso perdón de YOLI, definitivamente a la memoria de MARIANA, quien me formó y estoy seguro que también soñó con este proyecto. Solo yendo cada día más allá, no solo en lo profesional sino en lo humano, honraré verdaderamente su gran visión del mundo.

Agradecimientos:

Ante todo agradezco a DIOS, quién en su infinito AMOR sorteó conmigo cada escollo, me prometió este logro y me hizo caminar en fe para conseguirlo. Al profesor RODRIGO UPRIMNY, por orientarme este trabajo amablemente con su indiscutible capacidad de rigurosidad y, al mismo tiempo, sencillez científicas.

Al profesor RAMIRO PAZOS, por su amabilidad y excelente disposición para colaborar con importante material bibliográfico.

A YOLI, mi MADRE ADORADA, por su gran amor, su decidida y gran entrega y su incomparable apoyo a este y a todo mi proyecto profesional.

A HÉCTOR, mi PADRE, por su comprensión y paciencia, por su amistad afable y creer siempre en mi.

A ROUSE, mi gran compañera de viaje, quien con cariño se apropió de mis luchas e hizo de mi reto el suyo. Con ella discutí la mayoría de los planteamientos que contiene esta investigación y sus aportes y observaciones críticas fueron fundamentales

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I. RASGOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI	25
1.1 El cambio de modelo normativo	28
1.2 Derechos fundamentales de libertad y derechos sociales fundamentales en el Estado constitucional de derecho	34
1.3 Derechos fundamentales y garantías jurídicas primarias y secundarias. El problema de la falta de garantías secundarias de los derechos sociales fundamentales	37
CAPÍTULO II. TRES MODELOS PARA EL CONTROL JURÍDICO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES	44
2.1 El modelo de control constitucional abstracto	49
2.2 El modelo de control constitucional a través de la resolución judicial de casos relacionados con silencios del legislador y al momento de la selección del derecho aplicable	58
2.3 El modelo control constitucional a través de aplicación directa de la Constitución	66
2.4 Balance de los modelos	76

	Pág.
2.4.1 Acerca del primer modelo	76
2.4.2 Acerca del segundo modelo	88
2.4.3 Acerca del tercer modelo	93
CAPÍTULO III. EL SUPUESTO DE HECHO DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN	97
3.1 Las condiciones formales del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales	98
3.2 Las condiciones materiaies del supuesto de hecho de ios derechos sociales fundamentales	101
3.3 Apiicación directa de derechos sociaies fundamentaies en la jurisprudencia constitucional colombiana	104
IV. CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	119

RESUMEN

Este trabajo aborda el problema de la ausencia de garantías jurídicas de los derechos sociales fundamentales previstos en las constituciones rígidas de los Estados constitucionales de derecho, cuando el legislador ha dejado de emitir su correspondiente legislación de actuación y con ello, según Luigi Ferrajoli, se introduce una omisión legislativa inconstitucional en el ordenamiento jurídico. Luego de analizar tres modelos posibles de solución, se defiende el esquema de la aplicación directa de tales derechos, con ayuda de la tesis de la posición jurídica fundamental, por ser el que exhibe mayor fortaleza práctica y compatibilidad con la estructura del Estado constitucional.

Palabras clave: Estado constitucional de derecho, derechos sociales fundamentales, garantías jurídicas, omisiones legislativas inconstitucionales, posiciones jurídicas sociales fundamentales.

ABSTRACT

This paper addresses the problem of the absence of legal guarantees of fundamental social rights established in the rigid constitutions of the constitutional states of law, where the legislature has not produced the relevant legislation and, according to Luigi Ferrajoli, it introduces unconstitutional legislative omission in the legal system. After considering three possible models of solution, it defends the scheme of direct application of social rights, with the help of the theory of fundamental legal position, because this shows greater strength and compatibility with the structure of the constitutional state.

Keywords: Constitutional state of law, fundamental social rights, legal guarantees, unconstitutional legislative omissions, fundamental social legal positions.

Introducción

De acuerdo con el teórico del derecho Luigi Ferrajoli, la eclosión del Estado constitucional de derecho a mediados del siglo XX produce una transformación radical en la estructura de los ordenamientos jurídicos continentales¹. Mientras que en el Estado legislativo de derecho, la ley, cualquiera que fuese su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho y el legislador no se encontraba atado a contenidos predispuestos para su elaboración, con el Estado constitucional de derecho el legislador se halla subordinado a las normas consagradas en la Constitución, no solo a las procedimentales que rigen la elaboración de las leyes, sino también a las sustanciales, que imponen un núcleo material indisponible a las decisiones legislativas².

Fundamentalmente debido a la rigidez constitucional, es decir, al establecimiento de agravados procedimientos de modificación de los textos constitucionales y la consagración del control constitucional de las leyes por un tribunal, rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho, las constituciones operan, según Ferrajoli, como “*derecho sobre el derecho*”, preestableciendo, además de los *actos* o *formas* para la producción de las leyes, su *contenido*, a través de la imposición de una serie de límites y vínculos sustanciales, en virtud de los cuales la autonomía política del legislador se ve sujeta a los parámetros materiales de la constitución³.

¹ FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali e democrazia costituzionale. En: Revista Analisi e Diritto. Año 2002-2003. Torino: Giappicheli. 2004, p. 336-338. Versión electrónica disponible en el sitio web del Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Génova (Italia) <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/> (05.02.2010).

² FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y Estado de derecho. En: El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2001. pp. 135.

³ FERRAJOLI, Luigi. La pragmatica della teoria del diritto. En: Revista Analisi e Diritto. Año 2002-2003. Torino: Giappicheli. 2004, p. 361. Versión en español por Jordi Ferrer (trad.). La pragmática de la teoría del derecho. En: FERRAJOLI, Luigi. Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 109-166. Las citas son tomadas de la versión en italiano.

Tales parámetros materiales que sujetan la decisión legislativa son, según Ferrajoli, los principios sustanciales sobre derechos fundamentales: los derechos de *libertad*, los cuales imponen *prohibiciones, límites*; y los derechos *sociales*, que imponen *obligaciones, vínculos*, al legislador; los primeros proscriben, prohíben toda decisión legislativa que los limite, que los suspenda o restrinja indebidamente, y los segundos *obligan* al legislador a actuar, a dictar medidas positivas tendientes a su satisfacción⁴; en ambos casos se trata de normas “sustanciales” justamente por ser relativas no a la forma (al *quién* y al *cómo*) de la decisión legislativa sino a la “sustancia” o al contenido (al *qué*) de la misma⁵.

Las *prohibiciones* impuestas por los *derechos de libertad* y las *obligaciones* provenientes de los *derechos sociales*, ambas a cargo del legislador, por otra parte, constituyen lo que ha sido distinguido por Ferrajoli como las *garantías jurídicas primarias* de tales derechos fundamentales⁶. Sin embargo, según el autor, en la práctica tanto las *prohibiciones* como las *obligaciones* en que consisten estas *garantías primarias* pueden resultar violadas por el legislador en virtud de la expedición de leyes que vulneren los derechos de libertad y el no establecimiento de normas de ley que dispongan la satisfacción de los derechos sociales⁷.

Cuando se da el primer caso, es decir, la violación de las *garantías primarias* que prohíben dictar normas que restrinjan o limiten indebidamente *derechos de libertad*, el autor señala que entra a operar una *garantía secundaria*, de tipo jurisdiccional, gracias a la cual el tribunal constitucional tiene la obligación de anular la ley contraria a la Constitución. Y en el segundo evento, ante la

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y crítica del derecho. En: Epistemología jurídica y garantismo. Op. Cit., p. 295. GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editor) y otros (autores). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, p. 346.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. La democracia constitucional. En: CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Madrid: Trotta. 2008. p. 32.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2001, p. 44.

⁷ *Ibíd.*, p. 66.

inactividad del legislador en el establecimiento de normas orientadas a la satisfacción de los derechos sociales, Ferrajoli ha indicado que se produce una *violación por omisión* a los mismos y la introducción de una *laguna técnica* como consecuencia del incumplimiento⁸, que el legislador se encuentra obligado a satisfacer⁹.

Los derechos fundamentales de libertad cuentan de este modo en Ferrajoli con un esquema de garantías –primarias y secundarias- de innegable fortaleza y alcance prácticos. No sucede, sin embargo, lo mismo para el caso de los derechos sociales fundamentales, donde una formulación teórica de sus garantías secundarias se encuentra realmente ausente. En efecto, al hilo del planteamiento últimamente indicado, más allá del señalado efecto teórico-jurídico producido por la ausencia de normas de actuación de los derechos sociales, consistente en la introducción de una laguna técnica en el ordenamiento jurídico que debe ser solucionada por el legislador, a la violación de las garantías primarias de aquellos derechos, producida por tal ausencia de normas de actuación, no le sigue en el esquema teórico trazado por Ferrajoli, a su vez, un mecanismo de garantía secundaria, en orden a remediarlas o subsanarlas, como sí sucede en los eventos de violación por *acción* de los derechos de libertad a través de la actuación del tribunal constitucional.

Pese a que la subsanación de las mencionadas lagunas técnicas, o más en general, de las consecuencias a las violaciones por omisión de los derechos sociales, de acuerdo con el autor, es una subsanación constitucionalmente obligatoria para el legislador, lo cierto es que siempre, desde el punto de vista práctico, la misma puede incumplirse y los derechos –sociales fundamentales- quedar indefinidamente desprovistos de garantías para su realización.

⁸ Para el autor una *laguna técnica* es aquella que cancela, impide, la aplicación del derecho. GARCÍA, FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista Diritto e questioni pubbliche. No. 5. 2005, p. 171. PACHECO, Miguel Ángel. Garantismo y derechos sociales. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Constitucionalismo y garantismo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pp. 203-204.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. En: Derechos y garantías. La ley del más débil. Cit., p. 44.

Tal como lo admite Ferrajoli, la solución de las consecuencias ocasionadas por la falta de garantías primarias de los derechos sociales provendría del cumplimiento mismo de las garantías primarias¹⁰, o lo que es igual, los efectos de la ausencia de legislación sobre los derechos sociales solo podrían sanearse con la respectiva legislación, la cual, pese a ser debida y obligatoria desde el punto de vista de la estructura del Estado constitucional, puede seguir siendo defraudada, inactuada, en el nivel práctico, llegándose así a todo menos al aseguramiento de la indisponibilidad de los derechos sociales, insistentemente defendida por Ferrajoli.

En su más reciente y monumental obra *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007), el profesor italiano ha contemplado la posibilidad de formular una garantía secundaria para los derechos sociales fundamentales consistente en la extensión del juicio de control constitucional, generalmente practicado sobre actos positivos del legislador (leyes), ahora a las omisiones legislativas que inciden en la eficacia de aquellos¹¹. Sin embargo, en su misma opinión, una posibilidad de ese tipo tendría grandes límites principalmente debido a la naturaleza del juicio de control jurisdiccional, pues distinto de la anulación del acto inválido objeto de conocimiento por el juez constitucional, es difícil pensar en otros efectos del fallo, concretamente reparatorios, frente a una omisión del legislador¹².

De esta manera, pese a que deja abierta la puerta para la construcción de un dispositivo con el cual remediar las consecuencias de las omisiones legislativas violatorias de los derechos sociales, Ferrajoli en verdad no ofrece ni avanza

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005, p. 189.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol 2. Teoria della democrazia. Roma: Bari-Laterza. 2007. p. 97.

¹² *Ibíd.*

respuestas consolidadas en el plano práctico, empírico, sobre cómo ello podría tener lugar.

El problema de que se ocupa esta investigación se identifica, de este modo, con la falta de un esquema de garantías secundarias dentro del modelo garantista de Ferrajoli que, con la misma eficacia del concebido, por medio de la actuación del tribunal constitucional, para las violaciones producidas a los derechos fundamentales de libertad por normas de ley, subsane las vulneraciones ocasionadas a los derechos sociales fundamentales por la carencia de su correspondiente legislación de actuación. Consiguientemente, el propósito fundamental de este trabajo, a partir de una perspectiva práctica, consiste en formular un mecanismo que, actuando en la forma de una garantía jurídica secundaria, ante todo contrarreste las consecuencias que la carencia de legislación de desarrollo ocasiona sobre los derechos sociales y que, de este modo, permita llevar al terreno empírico las tesis teóricas del autor sobre el carácter jurídico y vinculante de estos en el Estado constitucional de derecho.

Las consecuencias de la falta de legislación de los derechos sociales que constituyen el interés central de este trabajo, en razón del campo práctico sobre el que se proyecta, no son aquellas que se manifiestan en el plano de la teoría jurídica, lo que obligaría a concentrarse en la resolución de la *laguna técnica* que, según Ferrajoli, se introduce en el ordenamiento jurídico, como consecuencia del comportamiento omisivo del legislador; por lo mismo, fuera de esta investigación quedan también los problemas vinculados a si la inactividad del legislador en este contexto da lugar a lagunas técnicas o de otro tipo, y las distinciones entre lagunas y omisiones legislativas en el campo de la teoría del derecho, etc.¹³. Las

¹³ Sobre estos problemas, y especialmente sobre los elementos distintivos entre lagunas y omisiones y las posibilidades de resolución en cada caso, ver el clásico trabajo de MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro i comportamenti del legislatore. En: Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti. Milano: Giuffrè, 1972, Vol. III, pp. 923 y ss. Y el debate sobre las la discusión de las tesis de Mortati en AHUMADA RUIZ, María Ángeles. El control de

consecuencias que aquí interesan, por el contrario, son aquellas que, como reflejo del fenómeno teórico, se visualizan justamente en el nivel empírico, derivadas del incumplimiento inconstitucional del legislador y que pueden concretarse en la *imposibilidad de satisfacción* de los derechos sociales para sus titulares.

Desde el derecho constitucional, la inactividad del legislador ha sido analizada principalmente a través de la teoría del control constitucional a las *omisiones legislativas inconstitucionales*. En manera muy general, una omisión legislativa inconstitucional consiste en la falta o ausencia de normas de ley, cuya producción viene impuesta por preceptos constitucionales, particularmente de derechos fundamentales, por ser necesaria o importante para la aplicación adecuada de de las nomas superiores. A este respecto, por ser de sumo interés para los efectos de esta introducción, debe mencionarse desde ya la clásica distinción establecida hace más de medio siglo por el magistrado del Tribunal Constitucional Alemán, WESSEL, y adoptada por las elaboraciones posteriores sobre el tema, entre omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas.

De acuerdo con esta clasificación, las omisiones legislativas absolutas se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento a un precepto constitucional, creando así una situación contraria a la Norma Fundamental, y las omisiones legislativas relativas cuando, a pesar de existir una norma legislativa que dé aplicación al mandato superior, esta es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional¹⁴. Teniendo en cuenta que para el caso de los derechos sociales fundamentales, según lo ha señalado el mismo Ferrajoli, se trata de una carencia estructural, en muchos casos

constitucionalidad de las omisiones legislativas. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 8 (Enero-Abril). 1991. p. 170-180.

¹⁴ WESSEL. Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerdc. En: DeutschesVerwaltungsblatt, cuaderno 6, 1952, p. 164, citado por citado por BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 54-55.

casi total, de legislación de garantía¹⁵, esta investigación se concentra en el control constitucional de las *omisiones legislativas inconstitucionales absolutas*.

Acerca del control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas, a partir de diversos ordenamientos jurídicos, la literatura jurídica y la jurisprudencia constitucional, pueden distinguirse tres modelos. Por una parte, un modelo de control constitucional abstracto; por la otra, uno operado a través de casos conocidos por los jueces, relacionados con silencios del legislador y al momento de la selección del derecho aplicable, y por último, un modelo de control de las omisiones por aplicación directa de la Constitución.

El primer modelo, de control constitucional abstracto de las omisiones legislativas, había sido planteado por la literatura jurídica y, en alguna medida, por la jurisprudencia constitucional, aun en ausencia de regulación respectiva en los ordenamientos jurídicos. Hoy, sin embargo, una completa expresión de sus características debe buscarse en los esquemas adoptados por los diversos sistemas constitucionales positivos que lo han consagrado, los cuales, además de los planteamientos previos de la doctrina y la jurisprudencia, han introducido otras variables novedosas de este tipo de control.

Del mismo modo que el practicado generalmente sobre leyes, se trata de un control abstracto realizado por el tribunal constitucional, pero en este caso sobre la inactividad o inacción del legislador que se encuentra obligado a actuar. Como consecuencia de este control, los ordenamientos jurídicos prevén desde exhortaciones, comunicaciones, anuncios o recomendaciones al órgano omitente para que remedie la carencia de norma, pasando por comunicaciones acompañadas de los principios, reglas y lineamientos con base en los cuales el

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. La semántica de la teoría del derecho. En: Epistemología Jurídica y Garantismo. Cit., p. 58.

legislativo debe subsanar la omisión inconstitucional; hasta, ya no recomendaciones, sino órdenes o intimaciones de subsanación, simples o con el otorgamiento de plazos.

Adicionalmente, al lado de la fijación de términos al legislador para la subsanación de la omisión y en casos de renuencia de éste en el cumplimiento su obligación, se prevé en algunos eventos la habilitación al tribunal constitucional para dictar la legislación correspondiente, que permanezca vigente hasta tanto el legislador actúe; o bien, la emisión por el mismo de las bases a las cuales debe sujetarse la autoridad correspondiente mientras el legislador dicta la legislación en cuestión; o en fin, el establecimiento de responsabilidades jurídicas para el órgano renuente o de indemnizaciones para los afectados por la inactividad legislativa¹⁶.

El segundo modelo, que defiende el control de constitucionalidad de las omisiones del legislador a través de la resolución judicial de casos relacionados con silencios del legislador y al momento de la selección del derecho aplicable, partiendo de la tesis de que *solamente* son silencios legislativos inconstitucionales aquellos que, justamente en casos específicos, dan lugar a consecuencias jurídicas contrarias a la Constitución, sostiene que lo que debe controlarse son las *normas implícitas* derivadas del silencio legislativo¹⁷, cuya aplicación en tales casos específicos, genera las *situaciones jurídicas contrarias a la Constitución*.

¹⁶ Para un breve inventario sobre estas posibilidades en el derecho y jurisprudencia comparados ver SAGÜÉS, Néstor. Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por la omisión. En: VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar. (coordinadores). Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002, pp. 609-618.

¹⁷ Las normas implícitas a que se refiere esta posición se identifican con las que la doctrina italiana denomina *normas generales exclusivas* o *principios de clausura* de cada sector del ordenamiento jurídico, gracias a las cuales, verbigracia, en derecho administrativo, en virtud del principio de legalidad, la autoridad no puede hacer sino solo lo que la ley le autoriza a hacer, y en ese sentido, por ejemplo, ninguna prestación puede ordenar sino está prevista por la ley. Así sucede cuando la Administración mediante resolución niega a un ciudadano el ejercicio del derecho de petición [con fundamento en la *norma implícita*, de acuerdo con la cual el mismo no puede ser protegido] en tanto el legislador no regule la forma y efectos de su ejercicio. Sobre el tema de las normas generales exclusivas y principios de clausura del ordenamiento jurídico ver PARODI, Giampaolo. Lacune e norme inespresso nella giurisprudenza costituzionale (seconda parte). En: Le nove voci del diritto.

Así, según esta posición, cuando particularmente la Administración, resuelve un caso sometido a su conocimiento con base en una *norma implícita*, cuya aplicación viene determinada por el silencio del legislador sobre la materia, y de la aplicación de esta *norma implícita* se sigue una decisión administrativa no querida por la Constitución, tal *norma implícita* puede ser negada en sus efectos e invalidada en el acto administrativo que la aplica, a través de la impugnación de este ante los jueces ordinarios.

El juez ordinario debe examinar si la situación, vertida en la decisión administrativa impugnada y creada por la aplicación de la mencionada *norma implícita*, derivada esta del silencio del legislador en la materia, es contraria a la Constitución, y en tal caso decretar el cese de sus efectos y, consecuentemente, la anulación del acto administrativo que la aplicó y que por ende se reputa inconstitucional.

Por otro lado, debido a que con esta determinación, el juez crea una laguna al dejar sin cobertura legal la situación contenida en el acto administrativo impugnado, la autoridad judicial también se encuentra obligada a llenarla con apoyo en la analogía y la interpretación extensiva, en caso de reserva de ley, y también a través de los principios generales del derecho y la costumbre, si aquella no viene exigida. El fallo del juez ordinario, de cualquier manera, puede ser impugnado ante el tribunal constitucional con el objeto de que este determine si el *a quo* subsanó la situación y adecuó la normatividad, de conformidad con la Constitución.

Por último, puede distinguirse un tercer modelo para el control de constitucionalidad de los silencios del legislador, operado a través de la aplicación directa de la Constitución y, más concretamente, de las normas constitucionales

Disponible en <http://studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto/testi/parodill.htm> [consultado 28/02/2010]. Ver del mismo autor: La sentenza additiva a dispositivo generico. Torino: Giappicchelli. 1996.

inactuadas con el silencio absoluto del legislador. Este ha sido consagrado, generalmente en forma implícita, por algunos ordenamientos jurídicos, de él ha hecho uso en alguna medida la jurisprudencia constitucional comparada y la doctrina lo ha contemplado como alternativa para superar las dificultades que para una norma constitucional, en principio necesitada de regulación legal, implica la inacción del legislador

Los sistemas constitucionales positivos que prevén este modelo, en sustancia establecen la justiciabilidad de los derechos constitucionales, prohibiendo como razón para negarla o para justificar el rechazo del reconocimiento judicial de los derechos, la falta de ley que los desarrolle o reglamente. Del mismo modo, un ordenamiento jurídico en concreto consagra una acción constitucional para la protección judicial de los derechos que resulten violados específicamente como consecuencia de la ausencia de las normas de desarrollo, en principio necesarias para su satisfacción.

Por otra parte, fundamentalmente los tribunales constitucionales de España y Alemania, normalmente a través de acciones constitucionales de protección de derechos y en casos en que la vulneración de estos ha estado íntimamente vinculada a omisiones del legislador, han ordenado realizar y han hecho ellos mismos aplicación directa de derechos constitucionales de libertad en la resolución de las controversias.

Algunos autores, en el mismo sentido, han estimado como forma de solución de las omisiones del legislador que dejan de regular los mecanismos para la aplicación de las normas superiores, la aplicación directa de estas, en aquellos casos en que puedan ser concretizadas.

Ahora bien, de un análisis de los tres modelos brevemente presentados, resulta que solo el tercero plantea la respuesta más adecuada y satisfactoria, aun

cuando, como se verá, su planteamiento, a partir de la jurisprudencia constitucional y de los ordenamientos jurídicos, evidencia al mismo tiempo algunas carencias como esquema general a aplicarse en el control de las omisiones que afectan la eficacia de los derechos sociales fundamentales. Los principales problemas de los modelos pueden indicarse como sigue.

En primer lugar, con relación a las diversas variables del modelo de control constitucional abstracto de las omisiones legislativas, previstas por algunos ordenamientos constitucionales, pueden sostenerse tres objeciones básicas. En primer lugar, en virtud de que las recomendaciones e incluso intimaciones u órdenes al legislador para que emita la norma indebidamente ausente no cuentan con ningún mecanismo de coerción o forma para su ejecución en caso de renuencia de este, es evidente que los fallos pueden ser incumplidos y las normas constitucionales de nuevo inactuadas.

En segundo lugar, en los casos en que se aduce un sistema de sanciones para el legislador que omite dar cumplimiento al fallo exhortativo hacia la expedición de las normas de actuación, hay una evidente dificultad de tipo práctico y jurídico, en cuanto unas eventuales responsabilidades jurídicas por esta causa, corresponderían por supuesto no a uno ni a varios miembros de un parlamento, como personas naturales, sino al órgano legislativo como cuerpo colectivo, como poder del Estado, el cual, por razones obvias, en cuanto tal resulta difícilmente sancionable desde el punto de vista jurídico.

Y en tercer lugar, admitir que el tribunal constitucional dicte las bases de las normas o las normas mismas omitidas por el legislador, así sea provisionalmente, además de la dificultad para determinar cuál sería el procedimiento para la formación de las mismas al interior del órgano jurisdiccional, comportaría un ostensible rompimiento al principio de división de poderes, difícil de justificar.

Respecto del segundo modelo de control constitucional de las omisiones, a partir de la resolución judicial de casos y al momento de la selección del derecho aplicable, no parece acertada la tesis de que solo son inconstitucionales y, por ende, susceptibles de control, “los silencios del legislador que, *a partir de casos concretos*, generen consecuencias contrarias a la Constitución”, ya que, conforme a Ferrajoli, puede afirmarse que las omisiones legislativas absolutas o silencios absolutos del legislador, por lo menos respecto de contenidos indisponibles de la Constitución (derechos fundamentales), *generan de hecho y por sí mismos* una inconstitucionalidad por omisión, la violación a los preceptos constitucionales inactuados, la imposibilidad de su satisfacción y la necesidad de su control constitucional, siendo completamente distinta la cuestión del modo –abstracto, a partir de casos concretos, etc.- en que este deba efectuarse.

Pero aún más importante, el constructo de la *norma implícita* derivada del silencio legislativo, como objeto de control de constitucionalidad, elaborado por esta postura, no resulta muy fecundo pues además de que tal *norma* en verdad no es susceptible de ningún pronunciamiento ni control por carecer de *forma positiva* y cumplir un papel necesario para el funcionamiento del orden jurídico, el que quiere sostenerse realmente toma como base otro acto independiente, es decir, el acto administrativo que de ella hace aplicación, por lo que en realidad el control **no** sería ejercido sobre la *norma implícita* con la cual se quiere objetivar el control del silencio legislativo, sino sobre el referido acto administrativo, lo cual conduce a la conclusión de que en estos casos no se hace un control constitucional del silencio legislativo absoluto en sí, sino de la actividad de la administración a través de su producto.

Por último, como ya se dijo, el tercer modelo, operado a través de aplicación directa de las normas constitucionales inactuadas con la omisión del legislador, evidencia el mecanismo más idóneo y adecuado, tanto desde el punto de vista de su fortaleza práctica, como desde la dimensión de ajuste con la estructura del

Estado constitucional. En particular este modelo presenta tres ventajas, dos de ellas en comparación con los otros dos esquemas.

De un lado, evita las difíciles objeciones relativas al exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales y a la violación al principio de división de poderes, atribuidos al modelo de control constitucional abstracto, en los casos de autorización al tribunal constitucional para la emisión de pronunciamientos activos respecto de normas de ley generales.

De otro lado, tiene un gran alcance práctico en cuanto que, lejos de un esquema sancionatorio para el legislador inconstitucionalmente incumplido, con pocas posibilidades de éxito y sin ninguna proyección práctica sobre las normas violadas con la omisión, las consecuencias del control recaen y redundan en forma inmediata sobre la eficacia misma de los preceptos constitucionales inactuados y, en especial, de los derechos, sin recurrir a elaboraciones excesivas para justificar tal efecto.

Y finalmente, el modelo de control de constitucionalidad de las omisiones por aplicación directa de la Constitución, es el que mejor representa los rasgos del constitucionalismo moderno y, en particular, el carácter normativo y vinculante y la capacidad de aplicación práctica de las normas de la Constitución y, especialmente, de las de derechos fundamentales.

Este modelo, con todo, adolece de una carencia trascendental a los fines de esta investigación. Ella consiste en que, como esquema general, basado en la aplicación directa de las normas de la Constitución inactuadas con la omisión, no ofrece elementos para determinar *cuándo* o *bajo qué* circunstancias puede darse aplicación directa en específico a las normas sobre derechos sociales fundamentales.

Del mismo modo que la aplicación directa o protección jurisdiccional de los derechos de libertad, consistiendo estos inmunidades o derechos negativos de no lesión, supone su vulneración o amenaza de vulneración efectiva, en el caso de los derechos sociales fundamentales, tratándose de una prestación positiva por parte del Estado, resulta necesario establecer bajo qué supuestos o circunstancias pueden ellos exigirse y deben ser protegidos, o lo que es lo mismo, las condiciones de su justiciabilidad.

Ni los ordenamientos jurídicos que han consagrado el modelo en comento, ni la jurisprudencia que de él ha hecho aplicación, la que además solo da cuenta de eventos de reconocimiento y protección directa de derechos de libertad, ni tampoco la doctrina que contempla esta variable de control de las omisiones, han planteado las condiciones para la aplicación directa o exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales.

Esta carencia, sin embargo, desde la perspectiva de este trabajo, puede ser suplida para mantener con ello las bondades y fortalezas del modelo, precisamente a través de la formulación de las circunstancias o supuestos para la aplicación efectiva o reconocimiento y protección judicial de tales derechos. Esto exige entonces el planteamiento del *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales.

A partir de las tesis del profesor Rodolfo Arango, el *supuesto de hecho* de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales puede sintetizarse en la condición de que el sujeto se encuentre en una *posición jurídica*, fundamentada en razones válidas y suficientes, obtenidas a través de interpretación y argumentación jurídicas de los enunciados normativos de la Constitución, cuyo no reconocimiento implique la amenaza de daño para el sujeto; y que además, este se encuentre en una situación de *debilidad* o *necesidad* que active la obligación de la prestación positiva por parte del Estado.

En este orden de ideas, la hipótesis de trabajo que sostiene e intenta demostrar esta investigación es que las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas, a que da lugar la ausencia de garantías jurídicas secundarias para la realización de los derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Ferrajoli, generando como consecuencia más importante, en el terreno práctico, la imposibilidad de satisfacción de aquellos para sus titulares, solo pueden ser controladas a través del reconocimiento y protección judicial directa de posiciones jurídicas sociales fundamentales de sujetos en condiciones de necesidad o debilidad.

La presentación de los resultados de la presente investigación se encuentra formalmente dividida en cuatro capítulos. En el primero se exponen los principales elementos de la teoría general del garantismo de Ferrajoli y especialmente los que desembocan en el planteamiento del problema de investigación, referido a la ausencia de garantías jurídicas secundarias para la realización de los derechos sociales fundamentales.

En el segundo, se presentan los tres modelos de control de los silencios legislativos absolutos e inconstitucionales del legislador, sus críticas y límites y la justificación del tercero como el modelo más idóneo y adecuado para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales. Al mismo tiempo se pone de presente la falencia de este para el control de las omisiones del legislador que afectan la eficacia de los derechos sociales fundamentales y se deja enunciado el planteamiento en orden a suplir tal carencia y rehabilitar así su capacidad de aplicación práctica para estos casos.

En el tercer capítulo tiene lugar el desarrollo de este planteamiento y de la demostración de la hipótesis de trabajo en el nivel práctico, a través de algunos casos juzgados por la jurisprudencia constitucional colombiana, en los cuales la Corte Constitucional ha reconocido y protegido tales derechos, haciendo, por

ende, aplicación directa de derechos sociales fundamentales. Por último, en el cuarto capítulo, se establecen las conclusiones de la investigación y los aportes que de ella pueden derivarse.

CAPÍTULO I

RASGOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

El desarrollo y consolidación de la teoría general de garantismo del teórico italiano del derecho Luigi Ferrajoli abarca casi cuarenta años de investigación científica, en los campos de la filosofía y teoría jurídicas, de la epistemología, la lógica y la ciencia del derecho¹⁸ y su difusión en el ámbito italiano e internacional, ha tenido lugar a través de innumerables artículos y varios libros, por medio de los cuales el autor ha ido estableciendo y definiendo las tesis básicas de su construcción teórica.

Dentro de su extraordinaria producción académica se pueden distinguir, desde su poco conocida *Teoria assiomatizzata del diritto* (1970), pasando por sus textos probablemente más divulgados *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale* (1989) y *diritti fondamentali* (artículo) (1998), hasta su producto más reciente y acabado, su monumental *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007), publicado en tres tomos, en el cual presenta de manera completa su concepción sobre el derecho y la democracia.

La obra de Ferrajoli ha estado caracterizada por un fecundo e incesante debate, a partir de la presentación de planteamientos polémicos pero consistentes del autor, críticas de sus interlocutores y aclaraciones y reformulaciones del teórico a través del tiempo, discusiones que con frecuencia han sido recogidas en varios libros destinados a presentar las líneas principales de las discusiones¹⁹.

¹⁸ Sobre el trasegar científico del autor ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista *Diritto & questioni pubbliche*. No. 5, Palermo, 2005, pp. 163-179. Ver también MARIETTI, Susana. *Il diritto dimostrato more geometrico*. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista *Reset*, No. 105 (enero-febrero/2008), Roma, 2008, pp. 70-72.

¹⁹ Dentro de los textos más importantes en español que recogen los debates entre Ferrajoli y sus críticos pueden verse DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Op.

Las tesis que Ferrajoli había ido elaborando a través de sus investigaciones, sin embargo, alcanzan su mayor desarrollo con la publicación de su mencionada *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*²⁰, a través de la cual el autor, con base en una completa reelaboración y organización sistemática y rigurosa de todos sus planteamientos, da a conocer la versión más acabada de su teoría general del garantismo, a partir de una sofisticada teoría *formal* del derecho, construida con apoyo en el método axiomático²¹, y una teoría *jurídica* de la democracia constitucional, ambas edificadas sobre el modelo del Estado constitucional de derecho²².

El propósito de Ferrajoli a través de la elaboración de la extensa red de tesis que componen su gran edificio conceptual, según él mismo lo ha afirmado, consiste en describir y explicar las transformaciones que en su concepto se han producido, tanto en la en la estructura del derecho, como, con la misma intensidad, en la estructura de la democracia, gracias a la revolución provocada por el advenimiento del Estado constitucional de derecho, lo que justifica y explica su esfuerzo por construir no solo una teoría del derecho sino también toda una teoría –jurídica- de la democracia.

Cit. CARBONELL Miguel y SALAZAR, Pedro (editor), y OTROS (autores). Op. Cit., GIANFORMAGGIO, Letizia (editora). Autores varios. Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá D.C.: Temis. 2008.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Cit. La obra consta de tres volúmenes: Volumen I: Teoría del Diritto, Volumen II: Teoría della Democrazia y Volumen III: La Sintassi del Diritto. Aún no existe traducción al español. Las citas a la obra en esta investigación son una traducción libre del original en italiano, con fines netamente expositivos, del autor de este trabajo.

²¹ El autor ya había llevado a cabo un primer desarrollo rudimentario de este método en la mencionada Teoría axiomatizada del derecho. Parte generale. Milano, Giuffrè, 1970. Según este método, del mismo modo que el teorema de Pitágoras es demostrado a partir de los axiomas de la geometría de Euclides, la definición de los conceptos claves de la teoría jurídica y política, es obtenida a partir de su deducción de otros términos teóricos, sobre la base de reglas de formación previamente establecidas a través de la misma teoría. Para Ferrajoli, este método sirve como «instrumento de clarificación y simplificación conceptual, de control lógico, de análisis crítico, de invención teórica y de proyección política e institucional». FERRAJOLI, Luigi. La semántica de la teoría del derecho. En: Epistemología jurídica y garantismo. Cit., pp. 53-54.

²² Sobre los alcances explicativos de la teoría del derecho de Ferrajoli sobre el modelo del Estado constitucional de derecho ver PRIETO SANCHÍS, Luis. La teoría del derecho de *principia iuris*. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Autores varios. Op. Cit., 52 y ss.

En la concepción de Ferrajoli, las dos mencionadas transformaciones, es decir, la que se proyecta en el campo jurídico así como la que se abre paso en el terreno de la democracia, ambas resultado del Estado constitucional, se han dado, por otra parte, en una relación biunívoca y de fuerte implicación recíproca²³, lo que, de hecho, podrá verse más adelante con la referencia de cada tesis, con frecuencia, a los dos volúmenes de su más reciente obra, tanto a la teoría del derecho como a la de la democracia, verificándose así una suerte de resonancia del fenómeno jurídico en el campo democrático y viceversa. Este hecho ha llevado, incluso, en ocasiones a atribuírsele al teórico una tendencial confusión entre constitucionalismo y democracia²⁴, atribución que él mismo ha aceptado bajo condición de que se escriba ya no solo constitucionalismo sino constitucionalismo democrático, y no solo democracia sino democracia constitucional²⁵.

En la obra del autor, con todo, es posible constatar y distinguir analíticamente las transformaciones operadas en cada ámbito y describir sus rasgos y características más importantes. En este sentido, a pesar de la importancia capital de la construcción de Ferrajoli sobre la democracia constitucional, por lo que aquí interesa y es objeto de esta investigación, se presentarán solamente las tesis ligadas a los cambios producidos en el plano estrictamente jurídico y más puntualmente, las relacionadas con el cambio en el modelo normativo operado con el advenimiento del Estado constitucional de derecho (1.1), con la estructura que adquieren en el mismo los derechos fundamentales de libertad y los derechos sociales fundamentales (1.2), y con la relación entre estos y sus garantías jurídicas primarias y secundarias, lo que permitirá plantear el problema que se propone resolver esta investigación, relativo a la falta de garantías secundarias de los derechos sociales fundamentales. (1.3),

²³ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Op. Cit., pp. 20-21.

²⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Op. Cit., p. 437.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta. 2006. p. 106.

1.1 El cambio de modelo normativo

De acuerdo con Ferrajoli, se pueden distinguir tres modelos o paradigmas históricos del derecho: el derecho premoderno, el derecho del Estado legislativo y el derecho del Estado constitucional de derecho²⁶.

El premoderno se caracteriza por ser un derecho de formación no legislativa sino jurisprudencial y doctrinaria, en cuyo marco no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos, encabezadas por instituciones diversas y concurrentes, como por ejemplo, el imperio, la Iglesia, los principados, las alcaldías, las corporaciones, etc., ninguna de las cuales detentaba el monopolio de la producción normativa²⁷.

De este modo, el derecho común era asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, de la elaboración doctrinal y jurisprudencial, cuya validez dependía, obviamente, no de la forma de su producción sino de la racionalidad y justicia de sus contenidos, siendo por ello el iusnaturalismo la teoría del derecho premoderno²⁸.

En segundo lugar, el Estado legislativo de derecho, bajo cuya forma nace el Estado de derecho moderno, emerge históricamente, justamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y más aún, existente, independientemente de su valoración como justo²⁹.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 29-30; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 353-354.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit. pp. 114 y ss. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 30; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 354.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit. pp. 115 y ss. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 30; Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid: Trotta. 2005, pp. 868 y ss.; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 354.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit. pp. 416 y ss.. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 30; La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley. En: Epistemología jurídica y garantismo. Op. Cit., pp. 84-86; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 355.

Gracias a este principio y a las codificaciones que lo aplicaron, una norma es válida no por ser *justa* sino por ser *puesta* por una autoridad dotada de competencia normativa. De acuerdo con Ferrajoli, respecto a la experiencia jurídica premoderna, el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad y con el consiguiente monopolio estatal de la producción jurídica se manifiesta en un cambio en cuatro ámbitos, todos conexos a la fundación puramente iuspositivista del derecho: a) en la naturaleza y en la estructura del derecho, b) en la naturaleza y en el papel de la jurisdicción, c) en la naturaleza y en el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y d) en la naturaleza y en el papel de la filosofía política³⁰. Por lo que hace a este trabajo, interesa destacar solamente la repercusión del cambio en el primer ámbito.

Este se identifica con las condiciones de existencia y de validez de las normas jurídicas. Según Ferrajoli, con el principio de legalidad se produce una mutación de la *norma de reconocimiento* y del título de legitimación, los cuales ya no van a estar dados por la autoridad de los doctores, glosadores o comentaristas, sino por la autoridad de las fuentes de producción; ya no la verdad sino la legalidad, no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia sino la *forma* preestablecida por normas sobre producción de normas, de forma tal que es “derecho” no lo que es justo o razonable, según la vieja concepción iusnaturalista, sino aquello que es establecido por la ley, «jurídicamente» establecida³¹.

Y en tercer lugar, así como el principio de legalidad constituye el dispositivo que da lugar al Estado legislativo de derecho, de acuerdo con Ferrajoli, la introducción de las constituciones rígidas en la segunda mitad del siglo pasado da lugar a un nuevo cambio del paradigma del derecho, el del Estado constitucional

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit. pp. 115 y ss. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 30.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit. pp. 116. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 31.

de derecho³². Si la primera transformación, es decir, el paso del derecho común premoderno al derecho positivo del primer Estado de derecho, se había expresado en la afirmación del principio de legalidad y la omnipotencia del legislador, esta segunda transformación se lleva a cabo con la rígida subordinación de la ley misma, garantizada por una específica jurisdicción de *legitimidad* (la constitucional), a una *ley superior*: la Constitución, jerárquicamente supraordinada a la legislación ordinaria³³.

Para el teórico, esta segunda revolución en los modelos de derecho trajo igualmente un cambio trascendental en los mismos cuatro ámbitos en que se había experimentado la anterior transformación: a) en el plano de la naturaleza y de la estructura del derecho³⁴, b) en el plano de la aplicación jurisdiccional, la cual resulta sujeta por la ley solo si esta es considerada por el juez constitucionalmente válida³⁵, c) en el plano de la ciencia jurídica, la cual adquiere un papel, ya no simplemente descriptivo, sino también crítico y proyectivo con relación a su mismo objeto³⁶ y especialmente d) en el plano de la estructura de la democracia y de la

³² Ver FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa de la rigidez constitucional. En: Revista Doxa. No. 23. 2000. pp. 29-47.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoría del diritto. Cit. pp. Vol 1. 432-436; 514-519; 519-525; 525-530; 530-536. Vol. 2. Teoría della democrazia. Cit., pp. 32-33; Garantismo y Estado de derecho. Cit., p. 166; La pragmática della teoria del diritto. Cit., p. 371; Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. Cit., p. 258; Derechos fundamentales. Cit., 52-53; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Cit., pp. 868 y ss. Una crítica a la idea de la rigidez constitucional, como la concibe Ferrajoli, puede verse en GUASTINI, Riccardo. Rigidez Constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Op. Cit., pp. 245-249.

³⁴ Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores). Op. Cit., pp. 23-24 FERRAJOLI, Luigi. La semántica de la teoría del derecho. Cit., pp. 58 y ss.

³⁵ Ver IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores). Op. Cit., pp. 59-75.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. La filosofía analítica y el paradigma constitucional de la ciencia jurídica. En: El garantismo y la filosofía del derecho. Cit., pp. 51 y ss.; Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. Cit., pp. 253-264; Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal. Cit., 852 y ss. Para una revisión del debate sobre este punto ver en el volumen colectivo de CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores), Cit., los siguientes artículos: RUIZ MIGUEL, Alfonso. Validez y vigencia: un cruce de modelos en el modelo garantista. pp. 211-232; GUASTINI, Riccardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. pp. 245-249. SARTE ARIZA, Santiago. Más allá de una ciencia jurídica contemplativa. pp. 285-292. A su vez, la respuesta de Ferrajoli a las críticas vertidas en estos

teoría pues, de una parte, la primera ya no solo va a ser formal sino también sustancial, y la segunda, la teoría, ya no puramente política sino inmediatamente jurídica, del Estado democrático de derecho³⁷. Interesa destacar también aquí solo el cambio ocurrido en el primer ámbito.

De acuerdo con Ferrajoli, se altera la estructura del derecho porque cambia la teoría de la *validez* de las normas. En el Estado constitucional de derecho, dotado de una Constitución rígida, ubicada en el vértice de la jerarquía de las fuentes, las leyes ordinarias están subordinadas no solo a las normas constitucionales formales sobre su producción sino también normas sustanciales

artículos puede ser consultada en FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Cit., pp. 63 y ss.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 33; Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal. Cit., 864 y ss.; Derechos fundamentales. Cit., pp. 54 y ss.; Derechos fundamentales y crítica del derecho. Cit., 261; La democracia constitucional. Cit., pp. 25-35. Sobre la encendida discusión en torno a la concepción *jurídica* de la democracia de Ferrajoli ver En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Op. Cit. DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. p. 14. VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. pp. 63-73; y PINTORE, ANNA. Derechos insaciables. pp. 243-265; y del volumen citado en la nota anterior CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores), ver GREPPI, Andrea. La democracia como valor, como ideal y como método. pp. 341-364; SALAZAR UGARTE, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas. pp. 429-445. MARMOL, José. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. pp. 365-401. POZZOLO, Susanna. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. p. 140. Y a propósito del interesante debate suscitado entre Ferrajoli y Michelangelo Bovero, sobre el adjetivo "*sustancial*" atribuido al sustantivo "*democracia*" por el primero, dentro de su teoría de la democracia constitucional, ver: los planteamientos iniciales y las réplicas de Ferrajoli en FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Cit., pp. 864 y ss.; Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón, en GIAFORMAGGIO Letizia (editora) y autores (varios). Cit., pp. 527-531; Los fundamentos de los derechos fundamentales. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Op. Cit., pp. 343-348; Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En: Revista Isonomía. No. 19 (2003). México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 2003. pp. 227-240, y en CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Cit., 77-89. Y las críticas y respuestas a las réplicas de Ferrajoli por parte de Bovero, se encuentran en BOVERO, Michelangelo. La filosofía política de Ferrajoli. En: GIAFORMAGGIO, Letizia (editora) y autores varios. Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli. Cit., pp. 409-417; Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Op. Cit., pp. 215-242; y en Democracia y derechos fundamentales. En: Revista Isonomía No. 16 (2002). México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 2002. pp. 21-38.

sobre el significado que aquellas deben tener. No son en efecto admitidas normas de ley cuyo significado esté en contraste con normas constitucionales³⁸.

Según el autor, la existencia o el vigor de las normas, que en el paradigma *paleo-iuspositivista* se habían separado de la noción de justicia, para vincularse a un criterio meramente formal, se separan ahora también de la validez formal, siendo posible entonces que una norma *formalmente* válida y por consiguiente vigente, sea *sustancialmente* inválida por contraste de su contenido con normas constitucionales *sustanciales*, como por ejemplo con el principio de igualdad o con derechos constitucionales³⁹.

De ahí que, según dice el autor, mientras la *norma de reconocimiento del vigor o existencia* del *paleo-iuspositivismo*, se ubica en el viejo principio de legalidad, ligado únicamente a la *forma* de la producción normativa y que por tanto se puede denominar *principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*, la *norma de reconocimiento* de la *validez* en el constitucionalismo se vuelve más compleja y puede ser distinguida a través del denominado principio *de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*, el cual vincula la *sustancia*, es decir, los significados de las leyes, a su coherencia con los principios establecidos por la Constitución⁴⁰. De

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto. Cit., pp. 514-519; 519-525; 525-530; 530-536; 903-907; Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 33; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 361 y ss.; Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. Cit., p. 260.; Garantismo y Estado de derecho. Cit., p. 166 y ss.; Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón, en GIAFORMAGGIO Letizia (editora) y autores (varios). Cit., pp. 481 y ss.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit., pp. 846-849; 929-931. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 33; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., pp. 361 y ss.; Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. Cit., p. 261 y ss. Acerca de la discusión acerca de si esta posición de Ferrajoli es compatible con su declarada ascendencia positivista ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Op. Cit., pp. 267-284. Y las respectivas aclaraciones de Ferrajoli, en GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. Cit., pp. 166-171.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit., pp. 437-438. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 33; Derecho y razón. Teoria del garantismo penal. Cit., pp. 874 y ss.; Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón. Cit., pp. 487-496.

este modo, los dos procesos de transformación ocurridos en los modelos de derecho a través del tiempo, ha señalado el autor, son el efecto de los cambios estructurales ocurridos en las *normas de reconocimiento* que los han identificado.

Mientras que en los ordenamientos *premodernos* su norma de reconocimiento institutiva es de tipo *iusnaturalístico e inmediatamente sustancial*, en virtud de la cual una norma existe sobre la base directamente de su contenido material, en cuanto considerado intrínsecamente justo, razonable o acreditado por precedentes, o por frases consuetudinarias o similares, en el positivismo jurídico, el derecho adquiere carácter precisamente positivo, gracias al denominado *principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*, en virtud del cual una norma existe y es válida, con base únicamente en la forma legal de su producción, establecida a su vez por una norma positiva a esta supraordinada⁴¹, y del mismo modo, en el constitucionalismo jurídico, en virtud del llamado principio de *legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*, una norma es válida, además de vigente, solo si también sus contenidos no contrastan con los principios sustanciales establecidos por la Constitución⁴².

Los principios de contenido sustancial a que se sujeta el legislador en el Estado constitucional son los derechos sociales fundamentales y los derechos fundamentales de libertad; de estos se ocupa el siguiente aparte.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 36; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 34.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 36; La pragmatica della teoria del diritto. Cit., p. 34; Derechos fundamentales. Cit., p. 55. SURRIANO, Ramón y PISARELLO, Gerardo. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista Isonomía. No. 9. México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. pp. 187-188.

1.2 Derechos fundamentales de libertad y derechos sociales fundamentales en el Estado constitucional de derecho⁴³

El tema de los derechos fundamentales abarca un tratamiento detallado y una gran cantidad de tesis en la obra de Ferrajoli, desde la construcción de definiciones teóricas, caracterizaciones basadas en la estructura jurídica, hasta el desarrollo de nuevas tipologías o clasificaciones⁴⁴⁻⁴⁵. Aquí, sin embargo, solo se

⁴³ El carácter fundamental de los derechos constitucionales depende en gran parte de la técnica de consagración de cada Constitución. No se aborda aquí la discusión acerca de si los derechos sociales son fundamentales sino que, desde el nivel teórico, se asume con Ferrajoli que lo son.

⁴⁴ Para el debate sobre las cuestiones puramente teóricas acerca de los derechos fundamentales, tales como la definición *neutral* ofrecida por Ferrajoli, el carácter indisponible y universal de los mismos, y otras conexas, ver de DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Op. Cit. GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. pp. 57-62. ZOLO, Danilo. Propiedad, libertad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. pp. 77-104. JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. pp. 105-137. BACELLI, Luca. Derechos sin fundamento, pp. 197-213. VITALE, Ermanno. Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo. 267-285. De este mismo autor ver también Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. En: Revista Isonomía. No. 16 (2002). México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 2002. Y del libro de CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios) Op. Cit., pueden verse CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. pp. 319-338. Por otra parte, para una revisión de la discusión sobre los alcances y límites de las tesis de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales en el plano de la interpretación constitucional, y específicamente sobre el debate acerca de la compatibilidad entre derechos ver, entre otros, del volumen colectivo acabado de mencionar: PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. pp. 41-57. COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales. pp. 105-118. MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. pp. 159-170. A su vez, las respuestas de Ferrajoli a estos últimos artículos se encuentran en FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Cit., pp. 83-98.

⁴⁵ Probablemente uno de los mayores aportes del pensamiento jurídico de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales y que aquí resulta importante destacar, radica en el análisis, crítica y operaciones de redefinición llevadas a cabo sobre las categorías clásicas acuñadas principalmente por la tradición liberal. En efecto, el autor emprende un duro ataque contra la clasificación de los derechos (*civiles*, *políticos* y *sociales*) efectuada por Thomas Humphrey Marshall, en su clásico ensayo *Citizenship and Social Class*, publicado en 1950, y especialmente contra la composición de los *derechos civiles* allí efectuada. De acuerdo con Ferrajoli, Marshall incurre en un grave error al incluir dentro la categoría de los *civiles*, dos clases de derechos de estructura profundamente diversa: los derechos de libertad y los derechos de autonomía privada. De este modo, no solo los derechos de adquirir y disponer de bienes propios, sino en general todos los derechos civiles ligados a la autonomía negocial, del derecho de concluir contratos a la libertad de empresa e iniciativa económica y al derecho de actuar en juicio, son confundidos con los derechos de libertad, como la libertad de prensa, de asociación, de reunión, e incluso la libertad personal, bajo el rótulo de derechos civiles. En oposición, Ferrajoli sostiene que entre los derechos de *libertad* y de *autonomía privada* hay una diferencia radical, que no permite agruparlos dentro de la categoría de derechos civiles, y que implica una distinción general entre derechos meramente referidos a *libertades* y aquellos que suponen el ejercicio de *autonomías*. La diferencia fundamental entre estas dos clases de derecho radica para el teórico en que, mientras las libertades solo consisten en expectativas de no lesión por parte del Estado o a lo sumo en conductas activas

abordará lo relativo al carácter y valor jurídicos de los derechos fundamentales de libertad y los derechos sociales fundamentales –los derechos a la alimentación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, etc.- en tanto incluidos en las constituciones rígidas de los actuales Estados constitucionales de derecho⁴⁶.

El planteamiento de Ferrajoli sobre los derechos constitucionales es relativamente sencillo. Para el teórico, en virtud de su consagración en constituciones rígidas, los derechos sociales fundamentales y derechos fundamentales de libertad, implican el conjunto de los límites y los vínculos, por ello llamados fundamentales, impuestos en el Estado constitucional de derecho al legislador, quién tiene entonces la prohibición de vulnerar los primeros y está obligado a la creación de mecanismos jurídicos para satisfacer los segundos⁴⁷.

meramente fácticas de sus titulares, cuyo ejercicio no supone la celebración de acto jurídico alguno, las autonomías, además de expectativas de no lesión, consisten en poderes que solo pueden ser ejercidos a través de actos jurídicos, que requieren por ende capacidad jurídica de sus titulares para su celebración y que siempre producen efectos en la esfera jurídica de los demás. Así, como elementos centrales de la distinción, por una parte, mientras el ejercicio de las *libertades* no exige ninguna calidad en el ser humano que de ellas es titular, el ejercicio de las autonomías requiere la satisfacción por el sujeto de condiciones personales jurídicas previas; y por la otra, mientras que el ejercicio de las libertades no produce efectos jurídicos sobre los derechos de otros, el desarrollo de los derechos de autonomía genera consecuencias en la esfera jurídica de libertad de los demás. De acuerdo con esto, para Ferrajoli las libertades solo dan lugar a los *derechos de libertad*, y las *autonomías*, en cambio, por las características de su ejercicio, dan lugar a dos clases de derechos: por un lado, los *derechos civiles* (o de autonomía civil), históricamente condicionados a la capacidad jurídica negocial de los sujetos, para contraer derechos y obligaciones, y por otro lado, a los *derechos políticos* (o de autonomía política), del mismo modo, históricamente condicionados para su ejercicio al atributo de la ciudadanía. Los derechos negativos o que implican de alguna manera abstenciones por parte del Estado quedan de este modo definitivamente clasificados para Ferrajoli en derechos de *[mera] libertad*, derechos *civiles* y derechos *políticos*. Estas tres categorías de derechos, por su parte, son agrupadas con la categoría de los derechos positivos o que requieren actuaciones por parte del Estado para su satisfacción, es decir, la de los derechos sociales, llegando así el autor a su novedosa y más importante tipología de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho: *derechos sociales*, *derechos de libertad*, *derechos civiles* y *derechos políticos*. Con todo, en tanto la manifestación de los derechos civiles y los derechos políticos, los primeros a través la autodeterminación y autonomía privada de la voluntad en el ámbito del mercado, y los segundos a través de la representación política y la legislación, según se vio, implican efectos jurídicos en la esfera de libertad de las demás personas, ese ejercicio concretado en actos jurídicos y especialmente en normas de ley, se somete a vínculos y límites, dados estos por los derechos sociales fundamentales y los derechos fundamentales de libertad. FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Teoría del diritto. Vol. 1. pp. 747-772.

⁴⁶ ANÓN, María José. Derechos fundamentales y Estado constitucional. En: Revista Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Ceriol, No. 40. Valencia. 2002. pp. 25-36.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoría del diritto. Cit., p. 821. Derechos fundamentales. Cit., p. 54. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit., 342. Sobre el

Los derechos fundamentales imprimen así, según Ferrajoli, una connotación «sustancial» al Estado constitucional de derecho, al establecer dentro de los ordenamientos constitucionales ya no la «forma» (el «quién» y el «cómo»), sino la «sustancia» o el contenido material de las decisiones políticas en general y de las leyes en particular (o sea el «qué cosa» no es lícito decidir o no decidir). Se trata de normas que establecen -más allá e incluso contra la voluntad de la mayoría y de sus mismos titulares- los derechos fundamentales: sea los de libertad que imponen prohibiciones, sea los sociales que imponen obligaciones al legislador⁴⁸.

De consiguiente, mientras que las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial, son *normas*, aunque también de rango constitucional, *formales* sobre la producción de las decisiones respecto de aquello que es precisamente *decidible* por el legislador y por los particulares, *los derechos sociales fundamentales* y de *los derechos fundamentales de libertad* circunscriben normas sustanciales, materiales o de contenido, que constituyen justamente la esfera de lo indecible y de lo que no puede dejar de ser decidido⁴⁹.

papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. Cit., 259. AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. En: Revista Letras Jurídicas. No. 4. Jalisco: Universidad de Guadalajara. Primavera 2007. pp. 1-21.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto. Cit., p. 822. Derechos fundamentales. Cit., p. 54; Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit., 342; Garantismo y Estado de derecho. Cit., 169-170; Juspositivismo crítico y democracia constitucional. En: Revista Isonomía. No. 16, 2002, p. 14; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Cit., pp. 860-863; Las controversias más importantes acerca de la idea de Ferrajoli sobre la indisponibilidad política de los derechos fundamentales han sido desatadas especialmente por los artículos de PINTORE, Anna. Derechos insaciables. Cit., pp. 243-265; y MARMOL, José. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. Cit., pp. 365-401. Una presentación completa de la discusión entre Ferrajoli y sus críticos sobre la relación entre derechos fundamentales y democracia puede verse en MORALES VELÁSQUEZ, Andrés. Derechos fundamentales y democracia en la filosofía del derecho de Luigi Ferrajoli. Reconstrucción de un debate y recientes desarrollos de Ferrajoli en *Principia Iuris. Teoría del Diritto e della Democrazia* (2007). En: MARQUARDT, Bernd (editor). Constitucionalismo comparado. Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. 2009. pp. 483-512.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto. Cit., p. 822; Derechos fundamentales. Cit., p. 54-55; Garantismo y Estado de derecho. pp. 170-171. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Cit., p. 19; Derechos fundamentales y crítica del derecho. Cit., p. 295; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Cit., pp. 857-858; El paradigma normativo de la democracia constitucional. Cit., p. 26; La democracia constitucional. Cit., p. 17; La esfera de lo indecible y la división de poderes. En: CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Cit., pp. 102-109; Ver también RENTERÍA, Adrián.

De modo más preciso, los derechos de libertad que consisten en inmunidades y se corresponden con prohibiciones dirigidas al Estado de no vulnerarlos, definen el ámbito de lo que ninguna mayoría puede hacer: ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad puede decidir que un hombre sea condenado a muerte o privado de su libertad sin que medie un proceso; y por otra parte, los derechos sociales, que consisten en expectativas positivas correspondientes a obligaciones de prestación dirigidas al aparato público, por ejemplo, en materia de asistencia sanitaria o de educación, definen la esfera de lo que ninguna mayoría puede dejar de hacer o decidir no hacer, como proporcionar a alguien asistencia sanitaria o educación básica⁵⁰.

1.3 Derechos fundamentales y garantías jurídicas primarias y secundarias. El problema de la falta de garantías secundarias de los derechos sociales fundamentales

De acuerdo con Ferrajoli, desde el ámbito más amplio del léxico jurídico, la expresión *garantía jurídica* designa cualquier técnica normativa de tutela o protección de un derecho subjetivo. Sin embargo, como categoría general dentro de la teoría del garantismo, *garantía* se refiere a los mencionados límites y

Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. En: Revista Isonomía. No. 19, 2003. En contra de esta posición de Ferrajoli, autores como Gianluigi Palombella. Este afirma que lo único que no es decidible es la propia democracia. Diritti fondamentali. Argomenti per una teoría. En: <http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm> [consultado 19/05/2010]. Para posiciones similares desde el constitucionalismo ver De OTTO, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel. 1997. pp. 148-149. RUBIO LLORENTE, Francisco. Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En: La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. p. 585. FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. NIETO, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucionales. En: Revista de Administración Pública. Vol. 1. Nos. 100 a 102. 1983. p. 400. PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons. 1994. pp. 112 y ss. Para posiciones más moderadas ver RUIZ MIGUEL, Alfonso. Constitucionalismo e democrazia. En: Revista Teoría Política. XIX/2-3. 2003. pp. 73-108, citado por PAZÉ, Valentina. Luigi Ferrajoli, filósofo político. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (editores). Op. Cit., p. 149; ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y democracia. Madrid: Tecnos. 1990.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. Cit., p. 54; Derechos fundamentales y crítica del derecho. Cit., 295; Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y Razón. Cit., p. 529.

vínculos, o prohibiciones y obligaciones, impuestos al legislador en el Estado constitucional por los derechos fundamentales, bien sea que estos consistan en expectativas jurídicas negativas (de no lesión) o en expectativas jurídicas positivas (de prestación). Así, a las expectativas negativas en que se traducen los derechos de libertad, corresponden *garantías* de no lesión y a las expectativas positivas en que se traducen los derechos sociales, corresponden *garantías* de prestación. Tales *garantías de no lesión* y de *prestación* han sido llamadas por Ferrajoli *garantías jurídicas primarias, de primer grado o sustanciales*⁵¹.

En el caso de los derechos fundamentales de libertad, sus garantías jurídicas primarias, es decir, las prohibiciones de lesión, están representadas fundamentalmente por las normas superiores sobre reforma constitucional, orientadas a evitar la indebida restricción o limitación de un derecho constitucional por simples leyes ordinarias. Y, por otra parte, en el caso de los derechos sociales fundamentales, sus garantías jurídicas primarias vienen dadas por las normas de ley que ordenan su satisfacción o el cumplimiento de las relativas prestaciones, generalmente a cargo de autoridades administrativas⁵².

Pero al lado de estas garantías primarias, Ferrajoli ha sostenido que existen correlativamente otras garantías jurídicas que entran a operar en caso de inactuación, inexistencia o de ineffectividad de las primeras y que consisten en la anulación, invalidación o condena de los actos violatorios de aquellas. Se trata de *garantías de tipo jurisdiccional*, en cuanto a este nivel se produce la anulación o restablecimiento de las situaciones vulneradas con la violación de las *garantías primarias*. Estas han sido denominadas por Ferrajoli *garantías secundarias, de*

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. I. Teoria del diritto. Cit., pp. 668-669; 772-776; 917 y ss. Derechos fundamentales. Cit., p. 44, 63; Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. En: Revista Doxa. No. 20, 1997; Garantismo y Estado de derecho. Cit., p. 132. Garantías. En: CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Cit., pp. 60, 63 y ss.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. I. Teoria del diritto. Cit., p. 774 y ss, y 917-919. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., pp. 90-92. MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. En: Revista Universitas. No. 3. Verano de 2006. pp. 3-39.

*segundo grado o instrumentales, procesales o jurisdiccionales*⁵³. De este modo, mientras que las *primarias* son las garantías de los derechos fundamentales, tendientes a asegurar su efectividad sustancial o de primer grado, las *secundarias* son garantías de la *anulabilidad*, que persiguen una efectividad instrumental o de segundo grado de los mismos, actuando por ello de manera subsidiaria respecto de las garantías primarias⁵⁴.

Tratándose de los derechos fundamentales de libertad, cuyas garantías primarias, como se dijo, están representadas fundamentalmente por las normas superiores sobre reforma constitucional, destinadas a impedir la alteración de los derechos constitucionales por vía de legislación ordinaria, sus garantías secundarias vienen dadas por el pronunciamiento de anulación de las leyes inconstitucionales, por parte del tribunal constitucional⁵⁵.

Para el caso de los derechos sociales, por su parte, cuyas garantías primarias consisten en normas de ley que ordenan su cumplimiento o disponen su satisfacción, Ferrajoli solamente ha planteado que, al provenir su violación precisamente de la falta o ausencia de tales normas de actuación, la inactividad legislativa introduce una *laguna técnica* en el ordenamiento jurídico, en cuanto cancela o impide la aplicación del derecho, a cuya remoción se encuentra constitucionalmente obligado el legislador⁵⁶.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto. Cit., pp. 668 y ss.; Derechos fundamentales. Cit., p. 44; Garantismo y Estado de derecho. Cit., p. 133; Garantías. Cit., p. 64 y ss.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto. Cit., pp. 669.

⁵⁵ *Ibid.* Vol. 1. Teoria del diritto. pp. 675-676; 684-691; 912-919. Vol 2. Teoria della democrazia. Cit., pp. 93-95.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto. Cit., pp. 688-691; 698, 916-919. Vol. 2. Teoria della democrazia. p. 96. Derechos fundamentales. Cit., pp. 188 y ss.; La semántica de la teoría del derecho. Cit., pp. 58 y ss. AGUILERA PORRALES, Rafael y ESPINO TAPIA, Diana Rocío. Fundamentos, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho. En: Revista telemática de filosofía del derecho. No. 10. 2006-2007. pp. 111-139. Sobre el tema de las lagunas ver algunas precisiones relevantes en RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. En: Revista Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 22. 1999. pp. 349-353. Una de las líneas importantes de debate entre Ferrajoli y sus críticos ha sido la relación entre derechos y garantías. Mientras que el autor ha sostenido que el nexo entre los primeros y las segundas es meramente

Según Ferrajoli, mientras que en los ordenamientos de los Estados legislativos de derecho, desprovistos de constituciones rígidas, las lagunas, no constituyendo indebidas omisiones ni inobservancia de normas supra-ordinadas, son solucionables inmediatamente por el intérprete, a través de recursos como la analogía y los principios generales del derecho; en los Estados constitucionales de derecho, las mismas, generadas por falta de legislación de actuación de los derechos sociales fundamentales y constituyendo indebidas inobservancias e inmediatamente violaciones por el legislador a las normas superiores, solo pueden ser removidas por la introducción de la norma garantista indebidamente ausente, introducción a la que el legislador se encuentra constitucionalmente obligado⁵⁷.

En la concepción de Ferrajoli, la fuente de la solución o subsanación a las lagunas generadas por la inactividad legislativa que afecta la eficacia de los derechos sociales en el Estado constitucional, solo es posible, así, por la

teórico y que por lo tanto, la eventual inexistencia en el plano práctico de las segundas, no incide en el carácter jurídico y vinculante y la existencia misma de los primeros, sus críticos, basándose en lo que CRUZ PARCERO, Juan Antonio (Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales [réplica a Fernando Atria] En: Revista Doxa-Discusiones. No. 4. 2004. p. 74) llama *modelo relacional simple* de análisis de los derechos subjetivos, que consiste en el “análisis de la relación entre dos sujetos respecto a un objeto”, afirman que los derechos, especialmente como los sociales, que no cuentan con mecanismos para hacerlos efectivos, no son derechos en sentido jurídico. De FERRAJOLI, ver Derechos fundamentales. Cit., p. 63-70; Derechos fundamentales y crítica del derecho. Cit., pp. 296-299. El teórico, en primera instancia, critica especialmente las posiciones de KELSEN (Reine Rechtslehre (1960). Traducción al español de Roberto J. Vernengo. Teoría pura del derecho. México D.F.: Porrúa (13ª Ed.). 2003. p. 140. General theory of law and state (1945). Traducción al español de Eduardo García Máynez. Teoría general del derecho y del Estado. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (4ª reimpresión de la 2ª edición). 1988. pp. 95), y la posición de GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa. 1999. pp. pp.185-186. A su vez, algunas objeciones a Ferrajoli y la respuesta de Guastini pueden verse en el volumen colectivo de De Cabo Antonio y Pisarello Gerardo (editores). Ferrajoli, Luigi (autor principal). Op. Cit., en los ensayos de ZOLO, Danilo. Propiedad, libertad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. pp. 95, y GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. pp. 57-61. Por su parte, la réplica de Ferrajoli se encuentra en FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. Cit., pp. 180-196. Un interesante intento de conciliación entre las posiciones de Guastini y Ferrajoli, puede verse en BOVERO, Michelangelo. Derechos, deberes y garantías. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores). Op. Cit., pp. 233-244. La opinión de Ferrajoli sobre esta posibilidad de acercamiento teórico se encuentra en FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Cit., pp. 78-81. Por último, sus planteamientos más recientes al respecto puede verse en Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto. Cit., pp. 913-916.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto. Cit., pp. 688-691; 909-912; Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., pp. 77-81.

intervención obligada del mismo legislador y no a través de técnicas o mecanismos que supongan la intervención de otra autoridad. En este sentido, el autor ha advertido cómo mientras que la anulación de las contradicciones producidas por leyes inconstitucionales, se hace a través de la intervención del tribunal constitucional, la solución de las lagunas no es posible por vía interpretativa sino que requiere de la actuación del legislativo, el cual está obligado a prever las normas de actuación indebidamente faltantes⁵⁸.

De esta manera, no pudiendo las mencionadas lagunas ser remediadas a través de un mecanismo diferente al cumplimiento mismo de la obligación inicial por el legislador, lo que en realidad se deriva de los planteamientos de Ferrajoli es una notoria *ausencia* de *garantías secundarias* que, con la misma eficacia virtual de aquellas concebidas para el caso de los derechos de libertad (por medio del control constitucional de las leyes), puedan subsanar ante todo los efectos prácticos ocasionados por las inactividades del legislador sobre los derechos sociales y especialmente aquellos relacionados con su imposibilidad de satisfacción.

No podría interpretarse que en la tesis de Ferrajoli existe una confusión entre garantías primarias y secundarias de los derechos sociales, sino sencillamente que estas últimas no existen. Como el mismo teórico lo ha admitido, mientras que la intervención judicial (del tribunal constitucional) requerida para eliminar la violación causada a un derecho de libertad por una ley inconstitucional, cumple el papel de garantía secundaria, la intervención legislativa, requerida para eliminar la laguna ocasionada por la ausencia de legislación violatoria de los derechos sociales, cumple, a su paso, en la práctica, no el papel de garantía secundaria sino el de garantía primaria⁵⁹.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. Cit., p. 188-189.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 189.

De otra parte, si bien es cierto que, según Ferrajoli, es el mismo legislador quien está obligado a subsanar las consecuencias de su inactividad, es obvio que así como la responsabilidad que podría llamarse *primaria* o de *establecer* las obligaciones iniciales, correlativas a los derechos sociales, puede ser infringida, la obligación de *reparar* los incumplimientos de las obligaciones iniciales, puede ser igualmente frustrada en la práctica, dejando siempre a la deriva de forma indefinida la satisfacción de los derechos sociales.

Recientemente, Ferrajoli ha señalado que se pueden “hipotizar” garantías secundarias para los derechos sociales consistentes en la extensión del juicio abstracto de control constitucional, generalmente practicado sobre actos positivos del legislador (leyes), ahora a las omisiones legislativas de los derechos sociales⁶⁰. Sin embargo, al mismo tiempo, el autor ha señalado que una posibilidad de ese tipo tendría grandes límites principalmente debido a la naturaleza del juicio de control jurisdiccional, pues distinto de la anulación del acto inválido objeto de conocimiento por el juez constitucional, es difícil pensar en otros efectos del fallo, concretamente reparatorios, frente a una omisión del legislador⁶¹.

En este orden de ideas, una verdadera protección constitucional de los derechos sociales fundamentales, impone la búsqueda de elementos que permitan establecer, en la forma de garantías secundarias y desde el punto de vista práctico, alguna forma de control a los incumplimientos inconstitucionales del legislador y sobre todo a sus efectos, con la cual dar efectividad a los planteamientos teóricos del autor sobre el carácter jurídico y vinculante de tales derechos en el Estado constitucional.

Esta investigación parte, por tanto, de la aceptación de las tesis generales de la teoría del garantismo, a las que solo se le objeta la inexistencia de, en palabras

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia. Cit., p. 97.

⁶¹ *Ibíd.*

de Ferrajoli, unas técnicas de garantía secundaria, que actúen ante la inactividad del legislador violatoria de los derechos sociales fundamentales y, a partir de ahí, se propone analizar la manera de plantear o generar herramientas adecuadas que, justamente en la forma de garantías secundarias, subsanen o de algún modo remedien los efectos ocasionadas por la inercia legislativa sobre los derechos sociales.

Más allá de la laguna técnica que Ferrajoli ha sostenido que se introduce con la inactividad del legislador, la principal consecuencia que de esta interesa a los fines de la presente investigación y que orientará el resto del trabajo, consiste en aquella que, siendo efecto directo de tal laguna, resulta visible en el plano práctico, y que se puede concretar en la imposibilidad de satisfacción de los derechos sociales para sus titulares y los daños ocasionados a estos como efecto de la misma.

Por lo tanto, las herramientas necesarias a los fines de plantear la solución a las inactividades del legislador, serán también aquellas que se proyecten en el ámbito práctico, antes que teórico. Las principales a este respecto, se han explorado en el campo de la teoría del *control de las omisiones legislativas inconstitucionales*. Del análisis de los principales modelos para el ejercicio de este control se ocupa el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

TRES MODELOS PARA EL CONTROL JURÍDICO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

En general, el tema de las omisiones legislativas inconstitucionales y sus posibilidades de control jurídico, ha sido presentado por la doctrina no solo como uno de los capítulos más difíciles de la tensión entre constitucionalismo y democracia⁶² sino como aquel que representa tal vez su escenario más extremo. Así, se subraya que una de las razones de su importancia radica en que articula o vincula dos problemas trascendentales en el constitucionalismo moderno, como lo son, por un lado, la naturaleza jurídica y valor vinculante de las normas constitucionales y especialmente de los derechos fundamentales en los actuales Estados constitucionales de derecho; y por el otro, el papel y los alcances de la actuación de los tribunales constitucionales en su función de control constitucional⁶³.

Mientras que el primer problema puede ser efectivamente y siempre ligado a la formulación de un modelo para controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, lo mismo no puede decirse del segundo, ya que este sugiere de entrada como único modelo para ejercer el control constitucional de las omisiones el de tipo *abstracto*, practicado por los tribunales constitucionales. Como se verá, por el contrario, el control de constitucionalidad de los silencios del legislador, hoy no es formulado únicamente a través del modo abstracto, sino también desde por lo menos otras dos perspectivas, lo que plantea nuevos elementos y argumentos

⁶² BAZÁN, Víctor Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. En: Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional [en línea], Núm. 2, 2004 pp.189. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. [04/03/2010], disponible en <http://www.iidpc.org/revistas/2/>

⁶³ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Civitas. 1998. p. 35.

al debate sobre las posibilidades de un control constitucional de este tipo y, por consiguiente, sobre la mejor forma para realizarlo.

Tradicionalmente, el tema de las omisiones legislativas inconstitucionales ha sido objeto de amplios análisis por la doctrina constitucionalista, la cual ha teorizado generalmente acerca de la definición de *omisiones legislativas inconstitucionales*, de las clases de normas constitucionales que imponen desarrollo legislativo y que, por ende, dan lugar, en su ausencia, a la configuración de omisiones legislativas contrarias a la Constitución; acerca de las clases de omisiones, de la distinción entre omisiones y lagunas, etc. Sin embargo, solo por excepción se aborda la preocupación en concreto sobre el mejor esquema para realizar tal tipo de control. Esta investigación pretende ser un aporte en ese sentido.

El propósito del presente capítulo es presentar los tres modelos que, a partir de la literatura jurídica, de varios ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia constitucional comparada, pueden ser identificados para el control de constitucionalidad de los silencios del legislador: en primer lugar, el modelo de control constitucional abstracto (2.1), en segundo lugar, el modelo realizado a través de la resolución judicial de casos, vinculados con silencios del legislador, y al momento de la selección del derecho aplicable (2.2), y por último, el modelo operado por medio de la aplicación directa de la Constitución y, concretamente, de las normas constitucionales inactuadas con el silencio del legislador (2.3).

Luego de esta presentación, se señalarán, a modo de balance crítico, los principales problemas, especialmente del primero y segundo modelo, sus virtudes y elementos destacables y, a su vez, los límites del tercero (2.4). En el examen crítico de todos los modelos se tendrán en cuenta especialmente dos planos de análisis: por una parte, sus fortalezas en el terreno práctico y, por la otra, la

compatibilidad de sus planteamientos y de su estructura con la del Estado constitucional.

Seguidamente, una vez subrayadas las carencias de que adolece el tercer modelo, y habiéndose dejado sentadas sus fortalezas, se enunciarán los elementos que desde la perspectiva de esta investigación pueden suplir esas dificultades y, a partir de los cuales, tal modelo puede ser entonces completado y adecuado para el control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales de los derechos sociales, modelo que entonces, a la vez de sencillo, se ofrece como el más eficaz y ajustado a las exigencias del Estado constitucional de derecho.

Antes de comenzar con la presentación de los modelos, tres aclaraciones son necesarias. Tal como se dijo en la parte introductoria de este trabajo, dentro de la teoría de las omisiones legislativas inconstitucionales, debe distinguirse, de acuerdo a la clásica tipología del juez constitucional alemán WESSEL, entre omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas, las primeras generadas en ausencia total de normas de ley que desarrollen los preceptos constitucionales y las segundas cuando, a pesar de emitirse legislación de desarrollo de estos, esta es parcial, incompleta y en general defectuosa desde el punto de vista constitucional⁶⁴.

Teniendo en cuenta que, según lo ha señalado Ferrajoli, la mayor parte de los derechos sociales fundamentales, si bien establecidos por casi todas las Constituciones de los ordenamientos jurídicos continentales, han sido tratados por largo tiempo como genéricas necesidades cuya satisfacción es confiada, antes que a sus correlativas obligaciones previstas en leyes, a intervenciones de tipo burocrático, discrecional y, en consecuencia, se verifica una carencia estructural

⁶⁴ WESSEL. Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde. En: Deutsches Verwaltungsblatt, cuaderno 6. 1952. Cit., p. 164.

de legislación de garantía⁶⁵, las omisiones legislativas inconstitucionales de que se ocupa esta investigación son únicamente las *absolutas*, por su identificación con la ausencia casi total de esquemas organizados de leyes de actuación de los derechos sociales⁶⁶.

Por otra parte, por referirse especialmente a la estructura y modo de actuar de los modelos en general, este trabajo deja de lado las discusiones sobre otros aspectos tradicionalmente abordados por la literatura jurídica sobre el tema, tales como la cuestión acerca de si las omisiones pueden provenir solo del legislador o también de autoridades –por ejemplo administrativas- con potestad legislativa; el término o plazo para demandarlas, la legitimación para hacerlo, etc.⁶⁷. Con todo,

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Cit., p. 674; La semántica de la teoría del derecho. Cit., p. 58.

⁶⁶ Por consiguiente, se deja aquí de lado el tratamiento de las omisiones legislativas inconstitucionales relativas. Estas en realidad resultan mucho menos problemáticas que las absolutas y han tenido eficaz respuesta casi en todos los sistemas constitucionales, a través de los diversos tipos de sentencias, mediante las cuales los tribunales constitucionales han buscado contrarrestar y en general subsanar los efectos inconstitucionales producidos por estas omisiones parciales de leyes. Dentro de la gran cantidad de trabajos que se han ocupado de este tema, pueden verse: BELOCCI, Mario y PASSAGLIA, Paolo. La giurisprudenza costituzionali. En: CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale (quaderno predisposto in occasione della conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008). pp. 26-68. Documento disponible en http://www.cortecostituzionale.it/informazione/studi_ricerche.asp ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino. 1977. pp. 292-330. CRISAFULLI, Vezio. Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II (L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale). Padova: Cedam. 1984. pp. 381-409. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. En: Revista española de derecho constitucional. Año. 21. Núm. 61 (enero-abril). 2001, pp. 81-130. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG». En: Revista Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 22. 2008. pp. 93-135. ROMBOLLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. En: Revista española de derecho constitucional. Año 16. Núm. 48 (septiembre-diciembre). 1996. pp. 35-80. VECINA, Javier. El control por el tribunal constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad. En: Revista Derechos y libertades. Año nº 1. Núm. 2. 1993-1994. pp. 487-494. SAGÜES, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4, Núm. 2. 2006, pp. 189-202; RUEDA LEAL, Paul. Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 2. Núm. 1. 2004, pp. 323-335. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. Disponible en <http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%20OMISIONES%20LEGISLATIVAS%20Y%20LOS%20DERECHOS%20PRESTACIONALES.pdf>

⁶⁷ Sobre estas cuestiones, un amplio tratamiento se encuentra en FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Cit., pp. 68 y ss. Ver

en virtud de que de acuerdo con el esquema teórico básico del Estado constitucional formulado por Ferrajoli, del que parte esta investigación, la obligación de prever las garantías jurídicas para los derechos sociales y, por lo tanto, la violación ocasionada en su ausencia descansa y es responsabilidad fundamentalmente del poder legislativo, las omisiones a las cuales se hará referencia serán solamente las del legislador, independientemente de si aquellas se pueden presentar en determinados ordenamientos como resultado de la inactividad de otra autoridad.

Por último, pese a que existen varios conceptos sobre las omisiones legislativas inconstitucionales⁶⁸, de manera muy básica y con fines solamente operativos, se entenderá aquí como omisión legislativa inconstitucional la falta o ausencia de normas de ley, cuya producción viene impuesta por preceptos constitucionales, particularmente de derechos fundamentales, por ser necesaria o importante para la aplicación adecuada de de las normas superiores.

también FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. En: Revista Estudios constitucionales. Año 7. Núm. 2. 2009. pp. 13-69. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. En: en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII. Procesos constitucionales orgánicos. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. 2008. pp. 669-691.

⁶⁸ Para una revisión de los principales ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Cit., pp. 31-40. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Cit., p. 80 y ss. Del mismo autor: Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 7-13. CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. Coimbra: Almedina. 1993, p. 1089, citado por TAJADURA TEJADA, Javier. Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., p. 273. GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid: McGraw Hill. 1997. pp. 19-27; QUISPE CORREA, Alfredo. ¿Inconstitucionalidad por omisión? En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4, No. 1. Julio de 2006 pp. 241-250. MIRANDA, Jorge. Derechos fundamentales y derecho electoral. CASANOVA, José Joaquín (traductor). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2005, p. 15.

2.1 El modelo de control constitucional abstracto⁶⁹

El modelo de control de las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas a través de la vía abstracta había sido ya planteado en alguna medida por la doctrina⁷⁰ y jurisprudencia constitucionales, aun en ausencia de regulaciones positivas al respecto. Muestra de esto último son decisiones como las de la Corte Constitucional colombiana, a través de las cuales, por ejemplo, «con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Constitución», se exhortó al legislador para que en un plazo razonable expidiera la regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde con la Constitución⁷¹; y especialmente las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, mediante las cuales,

⁶⁹ Por control constitucional «abstracto» se entiende en esta investigación el nacido *ex jurisdicción* o desatado procesalmente a través del que, en países como España e Italia, se llama *recurso directo* o en *vía principal*, es decir, promovido sin referencia ni con relación a casos concretos que se encuentren juzgando los jueces ordinarios y en los cuales el fin de la impugnación es determinar la constitucionalidad del fundamento jurídico del asunto a resolver judicialmente. Esta última modalidad de control constitucional es el promovido a través de lo que en los mismos Estados mencionados se denomina *vía indirecta* o *incidental*. En realidad, por ambas vías, *principal* e *incidental*, se llega a un control constitucional abstracto pues también la impugnación a través de la segunda forma tiene como objeto y análisis de constitucionalidad el puro enunciado de la ley. Sin embargo, en cuanto, según lo ha subrayado Rubio Llorente, por la vía principal el tribunal constitucional actúa más como guardián de la Constitución y a través de la vía incidental más como protector del legislador frente a eventuales excesos del juez, y en tanto la respuesta que se quiere mostrar en este aparte se centra en la protección de la Constitución frente a «agresiones» directas, por omisión, del legislador, solo se entenderá por «abstracto» el control constitucional promovido por *vía principal*. Este es, por otro lado, el acogido en la Constitución colombiana, de manera exclusiva, para el control constitucional de las leyes (artículo 241 de la C.P.). RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. En: Revista española de derecho constitucional. Año 8. Núm. 22 (Enero-Abril). 1988. p. 26. Debe advertirse, por otra parte, que la denominación aquí utilizada «control constitucional abstracto» es genérica, referida a la manera, al modo –abstracto- de actuar del control jurisdiccional, y por ende deja lado las denominaciones específicas que del mismo han adoptado diferentes ordenamientos constitucionales positivos.

⁷⁰ Ver BIDART CAMPOS, Germán J. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. En: Anuario Jurídico. Núm. VI. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1979. pp. 9-18. AHUMADA GONZÁLES, María Ángeles. Op. Cit., p. 182. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Cit., 221-223. BAZÁN, Víctor. La constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas. En: BIDART CAMPOS, Germán (coordinador) y autores varios. Economía, constitución y derechos sociales. Buenos Aires: Ediar. 1997. pp. 122-123. SAGÜES, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. Cit., pp. 189-202.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Se trata de la primera decisión en este sentido. La sistematización y presentación del tema de las omisiones legislativas inconstitucionales, solo se hará por la Corte a través de la Sentencia C-543 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

verbigracia, se prescribió al Estado de Nuevo León la expedición de normas de regulación de los procedimientos administrativos, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir controversias entre la Administración y los particulares, de conformidad con los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad, con el objeto de hacer efectivos preceptos de la Constitución Federal⁷².

Una consolidación de este modelo, sin embargo, hoy se puede observar a partir de los varios ordenamientos jurídicos continentales que, a través de distintas formas y variables, han comenzado a incorporarlo explícitamente. Hasta hace poco más de veinte años, concretamente un sistema de control constitucional abstracto de las omisiones legislativas inconstitucionales, solo había sido previsto por la Constitución portuguesa de 1976⁷³. Actualmente, en cambio, se encuentra positivamente establecido en los textos constitucionales de los Estados nacionales

⁷² Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Controversia constitucional 42/2002. (Municipio de San Pedro Garza García contra el Congreso del Estado de Nuevo León). Decisión del 10 de marzo de 2005. Esta fue la primera sentencia de la Suprema Corte que abordó el tema. BÁEZ SILVA, Carlos, CIENFUEGOS SALGADO, David. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). Op. Cit., pp. 609-612. En México, el control a las omisiones legislativas absolutas ha ido incorporándose por la jurisprudencia constitucional especialmente a través de la acción de controversias constitucionales, por medio de la cual se ha discutido acerca de las competencias normativas entre los Estados y la Federación. Esta acción, sin embargo, sigue siendo de naturaleza *abstracta*. Sobre las cuestiones procesales concretas para el control constitucional de las omisiones legislativas en México ver AMEZCÚA. Luis. Omisiones legislativas en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores varios. Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de culturas y sistemas jurídicos Comparados. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004. pp. 945-950. Una presentación de las líneas doctrinales principales adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de México para el control de las omisiones legislativas, en paralelo con los esquemas de control establecidos por los Estados federados, se puede ver en ASTUDILLO, Cesar. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores varios. En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 297-380. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. En: en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). Op. Cit., pp. 625-668. A excepción de la situación particular de Portugal, ningún tribunal constitucional europeo ha admitido el control constitucional abstracto *—por vía principal o directa—* sobre omisiones legislativas inconstitucionales absolutas.

⁷³ Se habla corrientemente, sin embargo, como antecedente, de la Constitución de la Ex República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974, cuyo artículo 377 establecía que «si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia constatare que un órgano competente no hubiere dictado las normas necesarias para la ejecución de las disposiciones de esta Constitución, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará conocimiento de ello a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia». BULNES ALDUNATE, Luz. La inconstitucionalidad por omisión. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4. Núm. 1. 2006, p. 255

de Portugal, Hungría, Brasil y Venezuela, y de los Estados federados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina, en Brasil, y de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Coahuila, en México⁷⁴.

La exposición de este modelo se hará entonces a partir de la presentación de los respectivos esquemas abstractos de control constitucional de las omisiones legislativas, positivamente previstos en los mencionados Estados, y de subrayar los efectos o medidas adoptables, según los correspondientes ordenamientos positivos, como consecuencia del control de constitucionalidad ejercido por los respectivos tribunales constitucionales, en cuanto es este el elemento que permitirá determinar con posterioridad el alcance práctico del modelo y su compatibilidad con la estructura del Estado constitucional.

En la República de Portugal, el control abstracto de constitucionalidad de las omisiones legislativas fue consagrado por primera vez en su Constitución de 1976 y posteriormente ajustado en las reformas constitucionales de 1982 y 1989. De acuerdo con el texto actual (artículo 283), el Tribunal Constitucional debe «apreciar y verificar el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales», y en caso de constatar una inconstitucionalidad por omisión, debe, según la Constitución, *dar conocimiento al órgano legislativo competente*⁷⁵.

⁷⁴ Un análisis general de los textos constitucionales nacionales puede verse en BAZÁN, Víctor. Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva. En: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores varios. Desafíos al control de constitucionalidad. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 1996, pp. 171-269.

⁷⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?. En: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores varios. Inconstitucionalidad por omisión. Bogotá D.C.: Temis. 1997. pp. 37. MIRANDA, Jorge. Derechos fundamentales y derecho electoral. CASANOVA, José Joaquín (traductor). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2005, pp. 15-37. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. La inconstitucionalidad por omisión legislativa. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa. Cámara de Diputados. LX Legislatura. 2007. pp. 62-64. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Gerardo. Op. Cit., pp. 676-690. Del mismo autor: La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. En: GAMIZ PARRAL, Máximo, ASTUDILLO, Cesar, DE LOS SANTOS, Olivo, ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo (coordinadores) y autores varios. Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2009. pp. 412-420.

En la redacción original de la figura -de 1976- se establecía que el Consejo de la Revolución, que para los efectos tenía la competencia que hoy detenta el Tribunal Constitucional, podía «hacer recomendaciones» a los órganos legislativos democráticamente legitimados, para que estos emitieran dentro de un tiempo razonable, las medidas legislativas necesarias en orden a desarrollar los preceptos constitucionales en cuestión. La fórmula actual, por el contrario, al establecer solamente que el Tribunal Constitucional «debe dar conocimiento al órgano legislativo competente», según autores como Gómes Canotilho, es menos directiva que la primera, pese a que, en criterios como los del mismo autor, bien puede interpretarse como una apelación del Tribunal Constitucional, con significado político y jurídico a los órganos legislativos competentes, en el sentido de que estos actúen y emitan los actos de ley necesarios para la exigibilidad de las normas constitucionales⁷⁶.

En segundo lugar, en la República de Hungría, la Ley 32 de 1989, art. 1º aptdo. e), sobre el Tribunal Constitucional, incluyó entre las atribuciones de este, la «supresión de la inconstitucionalidad que se manifieste a través de la omisión legislativa», regulando el art. 49 los aspectos fundamentales para la realización de este procedimiento⁷⁷. La Corte Constitucional, en caso de verificar la efectiva existencia de una inconstitucionalidad por omisión, debe informar de ello al legislador y otorgarle un plazo para que expida la norma inconstitucionalmente omitida⁷⁸.

⁷⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina. 1993. p. 1095, citado por BAZÁN, Víctor. *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado*. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores varios. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Cit., p.p. 96-97. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión en Portugal*. En: *Revista de estudios políticos (nueva época)*. Núm. 101 (julio-septiembre). 1998. pp. 335-359. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social*. En: *Boletín mexicano de derecho comparado*. Núm. 83 (mayo-agosto). 1995. pp. 603 y ss.

⁷⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas*. Cit., p. 55-56.

⁷⁸ Información disponible en el sitio web de la Corte Constitucional Húngara <http://www.mkab.hu/index.php?id=introduction#e>

En tercer lugar, en la Constitución de la República Federativa del Brasil, se establece una acción de inconstitucionalidad por omisión dentro de las genéricas acciones de inconstitucionalidad, cuya competencia radica en el Tribunal Constitucional. De acuerdo con esta: «declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días» (artículo 103 parágrafo 2º)⁷⁹.

Como se observa, por un lado, la omisión inconstitucional puede provenir no solo de la inactividad legislativa sino también administrativa, o, como lo han dicho varios autores, no solo del poder legislativo sino también del ejecutivo; y por otro lado, solo en este último caso, es decir, cuando se trate de omisión de autoridad administrativa, la norma prevé un término o plazo (30 días) para que esta dicte la norma faltante. El Tribunal Constitucional, por su parte, al constatar la inconstitucionalidad de la omisión, al igual que en el caso portugués, solo *da conocimiento al poder competente para la adopción de las medidas necesarias*⁸⁰.

Y como cuarto modelo a nivel de Estados nacionales, la Constitución de la República Bolivariana –Federal- de Venezuela de 1999, otorgó competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para «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 la Constitución, o las haya dictado de forma

⁷⁹ 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: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores varios. Inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 41-108. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., p. 64-66. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social. En: Boletín mexicano de derecho comparado. Cit., pp. 603 y ss.

⁸⁰ DERMIZAKY PEREDO, Pablo. La inconstitucionalidad por omisión. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 6. 2002. pp. 66 y ss. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., p. 413-420.

incompleta y establecer el plazo para la emisión de la norma, o bien, en caso de ser necesario, dictar los lineamientos de su corrección»⁸¹.

De este diseño, resultan evidentes tres novedades con respecto a los anteriores modelos. Por un lado, en armonía con la estructura federal del Estado, las omisiones pueden traer causa en la inercia de órganos legislativos del orden, no solo nacional, sino también estatal y municipal. Por el otro, al decirse que la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión procede cuando la autoridad legislativa “haya dejado de dictar o haya dictado de forma incompleta las normas (...)” se consagra explícitamente la inconstitucionalidad por omisiones absolutas y relativas, según la clasificación citada al principio de este capítulo. Y por último, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al determinar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, no solo *comunica* al órgano legislativo competente sino que *establece el plazo para la emisión de la norma o los lineamientos de su corrección*⁸².

Ahora bien, en cuanto a las entidades federativas que, a nivel interno, han previsto el control constitucional abstracto de las omisiones legislativas inconstitucionales, según se señaló, se encuentran los Estados de Río Grande do Sul, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina, en Brasil, y los Estados de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Coahuila, en México⁸³.

⁸¹ BAZÁN, Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2006. pp. 475-506. Del mismo autor: El control de las omisiones inconstitucionales en la República Bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado. En: Revista Provincia. Núm. 16 (julio-diciembre). 2006. pp. 47-107. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., pp. 413-420.

⁸² CASHAL, Jesús María. La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003. pp. 77-82. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., 66-67.

⁸³ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., p.p. 75-95. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Op. Cit., pp. 625-668.

En la Constitución del Estado de Río Grande do Sul de 1989, se faculta al Tribunal de Justicia para conocer y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de una ley o un acto normativo estadual, *inclusive por omisión*, frente a la Constitución local. No se prevé, sin embargo, cuál medida puede tomar el Tribunal al determinar la existencia de una omisión legislativa inconstitucional⁸⁴.

En los textos constitucionales de los Estados de San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina, los tres de 1989, se señala, aunque genéricamente, de manera uniforme, la competencia del Tribunal de Justicia para declarar la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria a los fines de hacer efectiva una norma o principio constitucional, debe el órgano jurisdiccional, en todos los casos, en el evento de concluir la ocurrencia de la omisión, *dar conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias* y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días, bajo pena, en el caso de la Constitución de San Pablo, de *incurrir en responsabilidad*⁸⁵.

Veracruz-Llave, a través de su Constitución del año 2000, es el primero Estado federado mexicano en introducir el control constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales. Este, de acuerdo con la consagración positiva, se refiere a los casos en que se estime que el Congreso local no ha «aprobado» alguna ley o decreto y que esto configure una violación a la Constitución. Si ello es efectivamente constatado por el Tribunal Superior de Justicia (órgano judicial máximo del Estado), según la Constitución, *se otorgará un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión*, y si transcurrido este plazo, el acto normativo omitido no es expedido, *el Tribunal dictará las bases a que deben sujetarse las autoridades mientras se expide la normatividad faltante*⁸⁶.

⁸⁴ BAZÁN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado. Cit., p. 119.

⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 122-124.

⁸⁶ ASTUDILLO, César. Op. Cit., pp. 335-343. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Op. Cit., p. 633; de la misma autora: La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el

La reforma a la Constitución del Estado de Tlaxcala en 2001, por su parte, incorporó la acción contra la inactividad legislativa. Esta procede contra la «falta de expedición de normas de carácter general» cuya obligación de dictarlas conste en la Constitución federal, en la Constitución de Tlaxcala e incluso en las leyes y sea responsabilidad del Congreso local, del gobernador de la Entidad, de los ayuntamientos o consejos municipales. Si el Tribunal Superior de Justicia (órgano judicial máximo del Estado), establece que efectivamente hay una omisión de las mencionadas características, de conformidad con la Constitución, *debe otorgar a la autoridad omitente un término no mayor de tres meses para que emita la norma faltante, plazo después del cual esta incurrirá en responsabilidad*⁸⁷.

El Estado de Chiapas, a través de la reforma a su Constitución en el año 2007, además de establecer formalmente por primera vez en México un tribunal constitucional, ajustó el sistema de control constitucional a las omisiones, previsto desde antes de esta modificación constitucional. En su última versión, se indicó su procedencia cuando «el Congreso local no ha resuelto alguna ley o decreto y dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, local o federal». Si el Tribunal Constitucional concluye con la declaratoria de inconstitucionalidad legislativa por omisión, este debe, según la reforma, *determinar el plazo de un periodo ordinario de sesiones del Congreso local para que resuelva la omisión correspondiente* y, si el Congreso no acata el fallo, el Tribunal tiene facultades

acceso a la justicia constitucional. En: Revista Cuestiones Constitucionales. No. 18 (enero-junio). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2008. p. 210. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., p. 85-87. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., p. 420-435; Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. Cit., pp. 676-690.

⁸⁷ ASTUDILLO, César. Op. Cit., pp. 343-350. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., p. 633; La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. Cit., pp. 211-212. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. cit., p. 80-85. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., p. 420-435. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. Cit., pp. 676-690.

para resolver sobre la omisión provisionalmente y *dicha legislación estará vigente hasta tanto el Congreso no subsane la omisión legislativa*⁸⁸.

La reforma a la Constitución del Estado de Quintana Roo en 2003, por su parte, adoptó el control constitucional a las omisiones legislativas. Su procedencia quedó fijada para los casos en que “el Congreso local no ha resuelto sobre la expedición de una ley o decreto y dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución”. Si el Tribunal Superior de Justicia (órgano judicial máximo del Estado), a quien corresponde conocer de la acción, determina la existencia de la omisión, *deberá conminar al legislativo para que en el periodo ordinario de sesiones en curso o en el inmediato siguiente emita la normatividad respectiva, pudiéndose disminuir el plazo “si el interés público lo justifica”*⁸⁹.

Por último, en el caso del Estado de Coahuila, la acción de control constitucional abstracto contra las omisiones del legislador se introduce positivamente con la reforma a su Constitución, efectuada en el 2005, y su correspondiente Ley Reglamentaria. De acuerdo con estas normas, la acción de inconstitucionalidad por omisión procede cuando «la Constitución del Estado resulte incumplida por falta de las disposiciones de carácter general, necesarias para hacer aplicables sus preceptos». El Tribunal Superior de Justicia (órgano judicial máximo del Estado) debe examinar la situación y en caso de constatar la

⁸⁸ ASTUDILLO, César. Op. Cit., 351-358. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., p. 634; La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. Cit., p. 213. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., p. 77-80. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., p. 420-435. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. Cit., pp. 676-690.

⁸⁹ ASTUDILLO, César. Op. Cit., 358-368. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., p.p. 420-435. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. Cit., pp. 676-690. RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., p. 635; La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. Cit., p. 214. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. Op. Cit., pp. 90-91.

omisión contraria a la Constitución, está obligado a *comunicar la decisión al órgano inactivo competente* para que este, en un plazo razonable, *dikte las disposiciones omitidas, debiendo el órgano judicial, en todo caso, expedir los principios, bases y reglas normativas a establecer de acuerdo a su fallo*⁹⁰.

2.2 El modelo de control constitucional a través de la resolución judicial de casos relacionados con silencios del legislador y al momento de la selección del derecho aplicable

El segundo modelo para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales está representado por la postura que sostiene que ello solo puede tener lugar a través de casos conocidos por los jueces, relacionados con el silencio del legislador, y al momento de la determinación del derecho aplicable. Esta perspectiva, ciertamente novedosa dentro de los autores que se han ocupado del tema, es defendida por el constitucionalista español Ignacio Villaverde.

Este autor parte de una peculiar caracterización acerca de la configuración de las omisiones legislativas inconstitucionales. De acuerdo con Villaverde, no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución; no siempre que el legislador omita dictar una norma de actuación de un precepto constitucional que la exige, esa ausencia, por sí sola, constituye una omisión legislativa inconstitucional. Los silencios del legislador, según Villaverde, no *son* inconstitucionales sino que *se convierten en inconstitucionales* cuando, a partir de casos concretos, conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución⁹¹.

⁹⁰ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., p. 635; La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. Cit., p. 214-216. SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. Cit., pp. 420-435. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. Cit., pp. 676-690.

⁹¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: McGraw-Hill. 1997. pp. 35-40.

La manera como un silencio legislativo puede ocasionar situaciones jurídicas inconstitucionales en casos concretos ocupa el núcleo de la tesis de Villaverde y puede sintetizarse como sigue. Según el autor, la inactividad o silencio del legislador, tiene dos dimensiones constitutivas. Por una parte, es una manifestación de la autonomía de la voluntad del órgano representativo de no legislar y se trata, por tanto, de una *conducta* del legislador, que aunque pasiva, expresa un juicio de oportunidad política. Pero por otra parte, el silencio tiene una faz o elemento normativo que acompaña o es reflejo del componente político. Pese a tratarse de una inactividad o comportamiento [político] omisivo del legislador, la inercia del legislador tiene para el autor una expresión o manifestación jurídica o, mejor aún, normativa, tan válida y eficaz en principio, como si de una ley se tratara. Este contenido normativo del silencio legislativo es denominado por Villaverde *norma implícita*⁹².

La *norma implícita* es aquella que, ante la falta de regulación legislativa de una materia sobre la cual debe resolver, especialmente la Administración, y en el momento en que esta se ve avocada a establecer el régimen jurídico para decidir, entra a ocupar el lugar de la norma ausente y, por ende, a constituirse en el sustento jurídico de la decisión –administrativa- final. Su existencia, dice Villaverde, difícilmente se aprecia en abstracto al ser *implícita* y carecer de enunciado normativo que la soporte en su literalidad⁹³. No se trata de una norma en el sentido formal, es decir, producida por el legislador u otra autoridad con potestad para dictar actos jurídicos normativos. Esta se identifica más bien, con lo que la doctrina italiana ha llamado *normas generales exclusivas* o *principios de clausura* o de completud de cada sector del ordenamiento jurídico.

⁹² *Ibíd.*, pp. 108 y ss.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 108-109. Del mismo VILLAVERDE, Ignacio, ver: La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. En: CARBONELL, Miguel (Coordinador) y autores varios. En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 50 y ss.

Según la doctrina italiana, todos los sectores del ordenamiento jurídico conocen la operatividad de específicas normas inexpresas o principios de clausura, destinados a cubrir o resolver las situaciones o eventos no previstos en cada área del ordenamiento. Así, en el derecho penal, existe aquella en virtud de la cual lo que no está expresamente sancionado está permitido; en el derecho privado, gracias al principio de autonomía privada, aquella según la cual los particulares solo pueden hacer aquello que la ley no prohíbe; en el derecho administrativo, en virtud del principio de legalidad y de tipicidad, la que solo le permite a la autoridad hacer aquello que la ley le autoriza a hacer; y más en general, en las relaciones de los particulares con el Estado, aquella de acuerdo con la cual a los primeros no es debida ninguna prestación sino con base en las normas jurídicas legales⁹⁴.

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, como se vio, 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 consecuencia⁹⁵.

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 –por la aplicación de la norma implícita de él

⁹⁴ PARODI, Giampaolo. *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale (seconda parte)*. Cit. Ver del mismo autor: *La sentenza additiva a dispositivo generico*. Torino: Giappicchelli. 1996.

⁹⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Cit., p. 147.

derivada- como un responsable *mediato* de tales consecuencias inconstitucionales, deviene, él mismo, en inconstitucional⁹⁶.

Los silencios del legislador solo se convierten así en inconstitucionales luego de que, en un caso concreto, impongan a la Administración la adopción de una decisión con base en la norma implícita de ellos derivada, y de que del acto administrativo que de tal norma implícita haga uso y ponga fin a la controversia, resulten consecuencias jurídicas indeseables desde el punto de vista constitucional. Son consecuencias opuestas a la Constitución, por otro lado, según el autor en cita, no siempre las que resultan de una decisión administrativa que desestime las pretensiones individuales invocadas en la acción, sino solamente aquellas que constituyan la lesión de un derecho protegido por la Constitución y sustraído por esta misma, de las decisiones, incluso por vía omisiva, del legislador⁹⁷.

En este orden de ideas, deviene en inconstitucional, según Villaverde, en el derecho español, el silencio del legislador respecto de la regulación del derecho fundamental a la objeción de conciencia, cuando la Administración militar, niega la solicitud de un ciudadano que, invocando el ejercicio de tal derecho pretende eximirse del servicio militar, con fundamento en la norma implícita que, derivada del tal silencio, impide reconocer, hasta tanto no se regule la objeción de conciencia como motivo para no ir al ejército, decisión que, en cuanto hace nugatorio el derecho mismo, es evidentemente contraria a la Constitución⁹⁸.

Y del mismo modo puede suceder, de acuerdo con Villaverde, en los casos de los derechos sociales, cuyo desarrollo y concreción en el ordenamiento jurídico,

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 41 y ss., y 217-218. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. *Cit.*, p. 56 y ss.

⁹⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. *Cit.*, pp. 35 y ss. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. *Cit.*, p. 57 y ss.

⁹⁸ STC 15 de 1982. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. *Cit.*, p. 145.

no solo queridos sino también impuestos por la Constitución, dependen de la mediación legislativa, cuando la Administración se vea abocada a realizar actos o dictar resoluciones lesivas de dichos derechos que, sin embargo, son inevitables para la autoridad al faltar la ley que regule su ejercicio⁹⁹.

Según el autor, la autoridad o agente de la Administración pública, como consecuencia de su posición jurídica, de su vinculación al principio de legalidad y de la correlativa falta de ley en eventos específicos que le indique las condiciones de su actuación, se ve obligado a ejecutar ese acto, es decir, a aplicar una norma implícita de la cual cabe suponer la producción de efectos contrarios a la Constitución, a resolver con base en ella aún a sabiendas de crear con ello una situación jurídica contraria a la Constitución¹⁰⁰.

Ahora bien, establecida la forma en la cual los silencios legislativos pueden ocasionar –a través de la aplicación de normas implícitas de ellos derivadas en casos concretos- situaciones jurídicas contrarias a la Constitución y por ende el concepto de omisiones legislativas inconstitucionales, debe pasarse ahora a la presentación en concreto del modelo de control jurisdiccional de los silencios legislativos contrarios a la Constitución, defendido por Villaverde.

El punto de partida del modelo de Villaverde es el *objeto de control* de las omisiones. En la discusión tradicional sobre las formas de control del silencio una de las dificultades habría estado relacionada, según el autor, con la determinación del objeto de control, pues a simple vista, al tratarse de una inactividad, parecería que en el control de las omisiones justamente faltara este elemento; «no habría norma ni actividad positiva que poder comparar con las normas constitucionales que han de servir como parámetros de control»¹⁰¹.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 147, 151.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 48.

En cambio, según él, en su planteamiento el problema queda superado ya que lo que debe controlarse se conecta con la denominada norma implícita. De acuerdo con su formulación, el objeto de control en las omisiones legislativas inconstitucionales viene constituido por la *faz normativa* del silencio, por el reflejo jurídico del *acto* político de omisión o el que llama el *contenido normativo del silencio del legislador* y, por consiguiente, por la *norma implícita* derivada del silencio del legislador, que es la que establece el régimen jurídico de las situaciones que han quedado sin regulación por cuenta de la inactividad legislativa y que es por ello la responsable de las situaciones inconstitucionales¹⁰².

Con todo, en cuanto la inconstitucionalidad de la norma implícita solo puede ser constatada al hilo de la verificación de las consecuencias jurídicas – inconstitucionales- ocasionadas por su aplicación, vertidas estas en el acto administrativo que de esta es producto, y de la confrontación de aquel con los preceptos constitucionales, el control jurídico de constitucionalidad de la norma implícita y, más en general, de las omisiones legislativas inconstitucionales, sostiene Villaverde, *solo es posible a partir de la impugnación del mencionado acto administrativo en cuestión ante el juez ordinario, justamente invocando como causa su inconstitucionalidad, y por lo tanto, solamente a través de la resolución del caso concreto y en el momento de la determinación del derecho aplicable*¹⁰³.

¹⁰² *Ibíd.* p. 94-114. En el texto más reciente de Villaverde (La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional *Cit.*, p. 63) el autor afirma matizar esta tesis, sosteniendo que “no existe realmente un control de constitucionalidad de las normas *implícitas* en omisiones absolutas”, sin embargo, pocas líneas abajo de la misma página, sigue diciendo que la circunstancia de que la norma implícita carezca de rango jurídico “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” (negrillas fuera de texto). Hay aquí una contradicción evidente. Se entenderá, sin embargo, por interpretación con su primer texto (La inconstitucionalidad por omisión) que el autor considera que es la norma implícita la que se somete al control constitucional en los casos de omisiones legislativas inconstitucionales.

¹⁰³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. *Cit.*, pp. 143. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. *Cit.*, p. 56 y ss.

Se trata, según dice, de un control jurisdiccional concreto porque solo a través de las consecuencias concretas de ese silencio el juez podrá establecer la existencia de una efectiva y no solo probable o presumible, infracción constitucional; por lo cual, a su vez, tanto la legitimación como el preciso objeto impugnabile en un proceso judicial ordinario en el que se somete a control jurisdiccional un silencio del legislador vienen condicionados por esa concreción¹⁰⁴.

El juez ordinario debe determinar si el acto administrativo del cual está conociendo en sede de impugnación, en primer lugar, se funda en una norma implícita, llamada a satisfacer, para la Administración, el vacío provocado por el silencio legislativo en la materia; y en segundo lugar, a partir del contenido de la decisión administrativa, si esa norma implícita es o no contraria a la Constitución. Si después de esta operación concluye que la norma implícita no es contraria a la Constitución, puede confirmar la decisión administrativa o ajustarla a la normatividad superior sin ulteriores razonamientos. Pero si llega a la conclusión contraria, es decir, que la norma implícita es inconstitucional, debe «inaplicarla por inconstitucional » y de forma subsiguiente dictar la nulidad del acto administrativo que de ella hizo uso y, por consiguiente, se considera inconstitucional¹⁰⁵.

Adicionalmente, como su primera determinación, de inaplicar la norma implícita, genera un vacío legal, una ausencia de norma con base en la cual resolver el caso ahora sometido a su conocimiento por vía de impugnación y, como en oposición a la Administración, el órgano jurisdiccional no está atado al silencio y a sus consecuencias, sino que, en virtud del mandato inexcusable de resolver los asuntos de los que conozca conforme al sistema de fuentes establecido (principio *non liquet*) debe decidir aun en presencia de lagunas, el juez

¹⁰⁴ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 143.

¹⁰⁵ *Ibíd.* pp. 148 y ss. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. Cit., p. 62 y ss. Así también GÓMEZ PUENTE, Marcos. Op. Cit., p. 94.

ordinario está obligado a integrar el orden jurídico en total consonancia con la Constitución, a través de las herramientas suministradas por el mismo ordenamiento, tales como, en general, la interpretación extensiva y la analogía, en caso de reserva de ley en la materia, y la costumbre y los principios generales del derecho, cuando no haya expresa reserva de ley¹⁰⁶.

La decisión del juez ordinario que, de este modo, expresará ante todo una manera particular de remediar los vacíos generados por su misma decisión de inaplicar una norma implícita, previamente utilizada como fundamento jurídico por la Administración para resolver, es según Villaverde, a su vez, susceptible de impugnación ante el juez constitucional a través del recurso de amparo, por objeciones contra la interpretación e integración jurídicas realizadas por el *a quo*, acusadas entonces de inconstitucionales, debiendo el juez constitucional proceder de la misma manera que el ordinario, es decir, anulando los actos jurídicos inconstitucionales y disponiendo la resolución del caso en forma constitucional¹⁰⁷.

Este es, en líneas generales, el único mecanismo por medio del cual, según Villaverde, se puede ejercer un control constitucional a los silencios del legislador que han devenido en inconstitucionales. Como se observa, el resultado del control, tanto en sede del juez ordinario como del constitucional, no se expresa en realidad en una *declaratoria de inconstitucionalidad por omisión* y ni siquiera en una declaratoria de invalidez o de inconstitucionalidad del objeto de control del mecanismo, es decir, de la norma implícita, sino que se manifiesta dentro del proceso mismo de análisis, crítica y especialmente de selección e integración del derecho, realizados por los jueces ordinarios y constitucionales, al momento de resolver un caso no previsto expresamente por normas legales, y a partir de la impugnación de los actos administrativos o de las providencias de los jueces

¹⁰⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 149 y ss. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. Cit., pp. 63 y ss.

¹⁰⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 162-163. La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. Cit., p. 64.

ordinarios (cuando conoce el juez constitucional), por medio de los cuales ha sido aquel inicialmente resuelto.

2.3 El modelo de control constitucional a través de aplicación directa de la Constitución

El tercer modelo que puede constatarse para el control de los silencios inconstitucionales del legislador consiste en la aplicación directa de la Constitución y, concretamente, de las normas constitucionales violadas e inactuadas con la omisión legislativa. Este tercer modelo puede observarse a partir de algunos ordenamientos jurídicos, la literatura jurídica lo ha contemplado como alternativa para resolver las omisiones inconstitucionales del legislador y también de él ha hecho uso en buena medida la jurisprudencia constitucional comparada.

En el nivel positivo, aunque los ordenamientos constitucionales no lo señalan en forma expresa, la doctrina ha entendido de manera más o menos unánime que los textos constitucionales consagran un mecanismo para el control de las omisiones de legislación de actuación de preceptos constitucionales y especialmente de los relacionados con derechos fundamentales¹⁰⁸. El modelo para el control de las omisiones inconstitucionales del legislador, a través de aplicación directa de los preceptos violados con el silencio, se prevé en las Constituciones de Ecuador, Paraguay y Brasil.

El artículo 11 de la Constitución ecuatoriana de 2008, sobre los «principios que rigen el ejercicio de los derechos», afirma en su numeral 3º que los derechos «serán plenamente justiciables», e inmediatamente después señala que «no podrá

¹⁰⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 609 y ss. BAZÁN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado. Cit., pp. 114 y ss.

alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento».

El precepto citado, en forma clara consagra la justiciabilidad o exigibilidad judicial –«plena»- de los derechos constitucionales, sin distinguir su clase o categoría, y justamente rechaza como razón para su desconocimiento y la negación de su protección, la inexistencia de legislación de actuación al respecto o, en otras palabras, las omisiones del legislador, con lo que afirma su valor vinculante y capacidad de aplicación directa, neutralizando los efectos negativos que sobre estos puede causar la inactividad legislativa.

Por su parte, la Constitución de Paraguay de 1992, en su artículo 45, luego de establecer la conocida clausula de los derechos innominados («la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella») establece que la «falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía».

Aunque en menor medida y de manera mucho menos explícita que la anterior, puede sostenerse que esta regulación también da vía libre a la exigibilidad judicial de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, a través de aplicación directa, sin que su protección pueda ser objetada o su reconocimiento negado con base en la inexistencia de normas de ley que le otorguen desarrollo o reglamenten su ejercicio.

Por último, el sistema constitucional brasileño, como se vio en el primer aparte de este capítulo, prevé de forma expresa un sistema de control constitucional de las omisiones del legislador de índole abstracta. Sin embargo, al lado de este, en él se consagra también un mecanismo para subsanar la falta de reglamentación y consiguiente vulneración –por omisión- de los derechos

constitucionales, considerado como un auténtico dispositivo de control constitucional de los silencios del legislador¹⁰⁹, que puede reconocerse dentro del modelo de control de las omisiones por aplicación directa de la Constitución.

El artículo 5º inciso LXXI de la Constitución de Brasil establece, en efecto, el *mandado de injunção*, como acción para la protección judicial de los derechos y libertades constitucionales, y prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, violados por la ausencia de las normas de desarrollo necesarias para su satisfacción¹¹⁰. Se trata de una acción constitucional particular, por medio de la cual el afectado impugna la omisión causante de la vulneración de sus derechos, para que el juez, a través de un fallo con efectos estrictamente *inter partes*, ordene su protección¹¹¹.

El *mandado de injunção*, de consagración constitucional única, en la forma de una acción de amparo o tutela constitucional de derechos, está orientado así expresamente a controlar de manera individual los silencios del legislador que impiden la satisfacción de derechos y libertades constitucionales a su titular, a través de la orden judicial, particular, de su protección, lo que implica un control de las omisiones con base en la aplicación directa de los derechos constitucionales violados con la inacción.

Por otra parte, desde la perspectiva de la literatura jurídica, se ha sostenido que las omisiones inconstitucionales absolutas pueden ser controladas por medio de la aplicación o exigibilidad judicial de los preceptos constitucionales, en tanto receptores de valor jurídico, ya que de esta manera es posible garantizar la

¹⁰⁹ Ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Cit., p. 53. CASAL H, Jesús María. Op. Cit., p. 39.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Cit., pp. 288-289. BÁEZ SILVA, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 404 y ss.

¹¹¹ 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. Cit., pp. 70-72.

pervivencia de la Constitución como norma suprema o «fuente de fuentes»¹¹². Se ha dicho que la aplicación directa de las normas constitucionales podría tener lugar concretamente, cuando sea posible reemplazar el mandato dirigido al legislador mediante su «concretización», por parte del tribunal constitucional, dotando de eficacia inmediata al precepto constitucional¹¹³.

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional comparada, se pueden identificar un conjunto de fallos de algunos tribunales constitucionales, en casos originados en omisiones inconstitucionales absolutas del legislador, resueltos a través de aplicaciones directas de la Constitución. Las decisiones más conocidas y relevantes, pertenecen a la jurisprudencia española y alemana.

En el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional ha juzgado dos órdenes de casos generados a partir de omisiones legislativas inconstitucionales absolutas. El primer orden está relacionado con el derecho a la objeción de conciencia y el segundo con la libertad de expresión y comunicación, en lo relativo a la gestión y administración de la televisión por cable, por particulares.

Respecto a la objeción de conciencia, la doctrina del Tribunal Constitucional Español (TC) se contrae a la sentencia 15 de 1982. Habiendo establecido el párrafo 2º del artículo 30 de la Constitución Española de 1978 que el derecho a la objeción de conciencia sería regulado, con las debidas garantías, a través de una ley y, no existiendo esta al momento en que se desató el caso que dio lugar a la sentencia sino solamente un decreto preconstitucional que regulaba la objeción de conciencia exclusivamente por motivos religiosos, un ciudadano presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones administrativas militares que, en

¹¹² BAZÁN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado. Cit., p. 83. QUISPE CORREA, Alfredo. ¿Inconstitucionalidad por omisión? Cit., pp. 244-245.

¹¹³ AHUMADA GONZÁLEZ, María Ángeles. Op. Cit., p. 178.

virtud de la mencionada falta de regulación legal, negaban la solicitud de prórroga de incorporación a las filas presentada por el recurrente con fundamento en objeción de conciencia «por motivos personales y éticos». Ante el TC, solicitaba la protección de su derecho a la objeción de conciencia y como consecuencia la concesión de las peticiones denegadas por la administración militar.

Debía el TC determinar de este modo los efectos que sobre la eficacia del derecho a la objeción de conciencia previsto en la nueva Constitución, podía ocasionar la falta de legislación regulatoria de su ejercicio por motivos diferentes a los religiosos. Luego de varios razonamientos, la conclusión a la que llegó el TC fue que la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar un derecho reconocido en ella, por lo que, pese a que por virtud de la reserva de configuración legal el mandato constitucional pudiera no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un «mínimo contenido», que en el caso se identificaba con la suspensión provisional de la incorporación a filas del objetor, ese mínimo de contenido debía ser protegido, ya que «de otro modo, el recurso de amparo carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico»¹¹⁴. Como consecuencia, el TC resolvió declarar que el recurrente tenía derecho a que su incorporación a filas se aplazara hasta que se configurara el procedimiento legal que pudiera conferir plena realización a su derecho.

El TC constitucional así, por un lado, advirtió que el derecho fundamental a la objeción de conciencia, al operar con una «reserva de configuración legal» requiere para su completa eficacia de regulación legal. Sin embargo, al mismo tiempo sostuvo que la dilación en la producción de esta regulación no podía significar la negación de toda eficacia de un derecho como este, con alto grado

¹¹⁴ Fundamento jurídico No. 8.

protección constitucional, por lo que, al menos su «contenido mínimo», del que goza en ausencia de regulación legal, debía ser inmediatamente aplicable, tal como en efecto lo decidió, determinando el aplazamiento de la incorporación al servicio militar del recurrente.

El segundo orden de sentencias del TC, está vinculado al derecho a la libertad de expresión, en lo relativo a la gestión y administración de la televisión por cable, por particulares. En este caso se trata de un precedente conformado por los fallos 31, 47, 98, 240 y 307, todos de 1994, y 12 de 1995 y 47 de 1996.

De acuerdo con el TC, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, comprende, aunque con carácter instrumental, el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para su ejercicio¹¹⁵. Sin embargo, en tanto servicio público esencial, según el ordenamiento jurídico español, la administración de la televisión está reservada al Estado y solo puede ser prestada por particulares previa concesión administrativa para hacerlo. El problema –que dio origen a todos los fallos citados- radicaba en que el conjunto de normas aplicables a la televisión no contemplaba el procedimiento para el otorgamiento de las mencionadas concesiones administrativas a particulares, aunque sí sanciones administrativas para quien explotara un servicio de difusión televisivo sin la debida habilitación jurídica para hacerlo.

Varios recurrentes en amparo constitucional en las mencionadas sentencias, impugnaron judicialmente, de forma común, resoluciones administrativas, en las que la administración pública los requería para que cesaran sus emisiones de televisión por cable y desmontaran sus equipos e instalaciones por carecer de la concesión administrativa previa para emitir. Los impugnantes solicitaban que el TC

¹¹⁵ Sentencia 12 de 1982.

protegiere su derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación, en el modo instrumental de emitir a través de medios televisivos y, en este caso, por cable. De nuevo, el problema que debía dilucidar en cada caso el TC consistía en determinar las consecuencias que para el mencionado derecho tenía la omisión de regulación legal sobre la forma de otorgar concesiones administrativas a particulares, para la prestación del servicio de radio difusión televisiva, por cable.

El TC, una vez estudiados los alcances del derecho en discusión y la omisión sobre el «régimen concesional de la modalidad de televisión por cable», en la sentencia 31 de 1994 (primera dentro de la línea jurisprudencial citada, y reiterada por todas las posteriores), consideró que la inactividad del legislador impedía no solo la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino también y ante todo, la de instar su solicitud, lo que a su vez traía como consecuencia la prohibición pura y simple de la gestión por particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance total y transmitida mediante cable, y por ende, la violación de su derecho de expresión y comunicación¹¹⁶.

Por lo cual, sostuvo que los derechos consagrados en el artículo 20.1 a) y d) de la C.E., relativos a las libertades de expresión y comunicación, debían concebirse de forma ampliada, sin restricciones legalmente inexistentes y, en este sentido, que la actividad de la televisión por cable se volvía, por el momento, libre, sin exigencias jurídicas previas para su desarrollo. Así, dando aplicación directa al precepto constitucional vulnerado, decidió anular tanto las resoluciones administrativas recurridas a través del amparo constitucional, que imponían el cese de las actividades de difusión televisiva por cable, como las sentencias de la

¹¹⁶ «La ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental sino una prohibición lisa y llana de aquella libertad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 de la Constitución Española, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable» (fundamentos jurídicos Nos. 6 y 7).

justicia ordinaria que las corroboraban, restableciendo en su integridad el derecho fundamental lesionado¹¹⁷.

De esta forma, pese a que el servicio de televisión, integrado instrumentalmente dentro de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, como servicio público que es, no puede, según el ordenamiento jurídico español, ser prestado por particulares sin previa autorización legal, para el TC la ausencia de normas que regularan la concesión de tal autorización, no solo descartaban la posibilidad de obtenerla sino, incluso, la de presentar solicitudes en orden a tal propósito, lo cual implica en forma inmediata la negación del ejercicio de los derechos de expresión y comunicación. Esta conclusión, inadmisibles desde el punto de vista constitucional, lleva al TC otorgar eficacia directa a los derechos conculcados, determinando la actividad de la televisión, aunque provisionalmente, libre, es decir, sin sometimiento a requisitos jurídicos previos para su ejercicio.

En lo que corresponde a la jurisprudencia germana, el Tribunal Constitucional Alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) ha fallado fundamentalmente dos casos identificados en su origen con omisiones legislativas inconstitucionales absolutas, el primero en 1953 y el segundo en 1969, ambos ligados al derecho fundamental de igualdad, aunque bajo dos diferentes supuestos.

La primera decisión, dictada en diciembre de 1953, está vinculada a la cláusula del artículo 117.1 transitorio de la Ley Fundamental Alemana de 1949. De conformidad con este precepto, las disposiciones legales que se opusieran al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, consagrado en el artículo 3, apartado 2 del texto constitucional, podían permanecer en vigor hasta

¹¹⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. En: BAZÁN, Víctor (coordinador). Inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 143-144.

su adaptación al mismo, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953. Se trataba, según se ha dicho, de dar un tiempo al legislador para que acomodara la legislación civil vigente a ese principio de igualdad de género contenido en la nueva Constitución¹¹⁸. El problema, sin embargo, era que tal plazo para dictar la mencionada legislación de adecuación constitucional ya se había vencido sin que el legislativo hubiese actuado.

De este modo, dentro de un caso que conocía y debía resolver un juez ordinario, este planteó una peculiar cuestión constitucional ante el BVerfG, por medio de la cual le solicitaba declarar contrario a la Constitución, el artículo 117.1 transitorio del mismo texto constitucional, por considerar que su contenido vulneraba los «principios superiores» de certeza y seguridad jurídicas y la división de poderes, consagrados por la Ley Fundamental¹¹⁹. El BVerfG, dando respuesta negativa a la pretensión del juez, ante transcurso del plazo preestablecido por la disposición constitucional transitoria y la continuación de la omisión por el legislador, declaró el valor jurídico y vinculante de la cláusula sobre igualdad de género del mencionado artículo 3, apartado 2 de la Ley Fundamental, y como consecuencia, determinó su eficacia plena a través de su aplicabilidad directa en el caso juzgado y hacia el futuro¹²⁰.

La segunda decisión del BVerfG, célebre y muy conocida sobre el tema, dictada en enero de 1963, está vinculada al derecho de igualdad, en este caso, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. De acuerdo con el artículo 6º numeral 5º de la Ley Fundamental, la legislación debía asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que hacía a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control constitucional de las omisiones legislativas por el BVerfG. Cit., p. 101.

¹¹⁹ VILLAVERDE, MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., p. 46.

¹²⁰ RODRÍGUEZ ARMAS, Magdalena Lorenzo. La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español. En: Anuario Jurídico y Económico Escorialense. XL. 2007.181-194, p. 185.

No obstante, al momento de producirse el supuesto de hecho del caso que dio lugar al fallo, el legislador no había cumplido con esta obligación, de la misma manera que en la sentencia de 1953.

La decisión se produjo como consecuencia de un recurso de queja constitucional interpuesto contra una decisión del Tribunal Regional de Kiel, el cual priorizó la aplicación de varias disposiciones preconstitucionales del Código Civil aun cuando de ellas se derivaba una vulneración del principio de igualdad de los hijos habidos fuera del matrimonio. El BVerfG consideró que no era exagerado suponer que se había llegado a la fecha del “plazo adecuado o razonable” en cuanto el legislador, veinte años después de entrada en vigor la Ley Fundamental, todavía no se había pronunciado sobre las normas de una «parte fundamental de la vida» como eran las que contemplaba el art. 6º.5 de la Ley Fundamental, pese a haber aprobado en el mismo período de tiempo numerosas leyes mucho menos significativas y urgentes desde el punto de vista constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, entendiendo transcurrido este “plazo razonable” asegurado al Parlamento para el cumplimiento del deber constitucional de legislar y reiterando la jurisprudencia que ya había establecido respecto al principio de igualdad de género, consideró que, al tratarse de una norma constitucional bastante precisa, los jueces y tribunales ordinarios debían aplicarla directamente.

Así, con base en la tesis del “plazo razonable”, el BVerfG sostuvo que como se había expedido dentro de este término por el legislador las respectivas normas para adaptar la legislación preconstitucional discriminatoria de los hijos extramatrimoniales respecto de los matrimoniales al principio constitucional de igualdad entre ambos grupos, siendo esta una norma precisa, debía ser directamente aplicada.

Recapitulando lo visto en este aparte, el control de los silencios absolutos del legislador contrarios a la Constitución, a través de la aplicación directa de los preceptos constitucionales inactuados con la omisión, puede observarse en la forma de su exigibilidad judicial o justiciabilidad directa, consagrada por algunos Textos Constitucionales, con esquemas tan particulares como el mandado de *injunção* brasileño. Del mismo modo, el modelo ha sido considerado por la doctrina como una alternativa para no supeditar la eficacia de la Constitución al albur legislativo. Y por último, la jurisprudencia española y alemana, ofrecen algunos casos en los cuales, los respectivos Tribunales Constitucionales, han remediado las consecuencias ocasionadas por la inercia del legislador sobre derechos como la objeción de conciencia, la libertad de expresión y la igualdad, a través de la aplicación directa de estos.

2.4 Balance de los modelos

De los tres modelos de control sobre las omisiones inconstitucionales absolutas del legislador mostrados a lo largo de este capítulo, el abstracto, el realizado a través de la resolución judicial de casos, relacionados con silencios del legislador, y al momento de la selección del derecho aplicable, y el operado por medio de la aplicación directa de la Constitución, teniendo en cuenta los elementos a partir de los cuales se acordó evaluar aquí su adecuación, es decir, su alcance y fortaleza prácticas y su compatibilidad con la estructura del Estado constitucional, resulta que solo el tercero es satisfactorio, aunque con alguna carencia, pudiendo, sin embargo, ser rehabilitado en sus elementos problemáticos, como se propondrá en la parte final de este capítulo. Veamos las principales objeciones a cada modelo.

2.4.1 Acerca del primer modelo

Como se señaló en la parte inicial de este capítulo, el debate alrededor de las posibilidades de un control constitucional a las omisiones del legislador ha

partido de considerar como único modelo para realizarlo el abstracto. En este sentido, quienes han rechazado un eventual control a las omisiones legislativas, realmente han dirigido sus críticas contra las características de esta específica forma de control. Tales críticas, sin embargo, adolecen de múltiples dificultades. Es posible aquí examinar brevemente sus problemas, para posteriormente presentar las verdaderas objeciones que desde la perspectiva de esta investigación, presenta el modelo de control abstracto de los silencios absolutos del legislador.

Los detractores del control de las omisiones legislativas usualmente esgrimen dos argumentos discutibles. En primer lugar, partiendo de que la aceptación de un control constitucional sobre las omisiones del legislador supondría un pronunciamiento sobre lo que debe ser la ley indebidamente ausente, o en cualquier caso, una injerencia positiva de los tribunales constitucionales sobre el legislador, esta posición sostiene que, en tanto desde Kelsen, se ha entendido que a los tribunales constitucionales, en su función de control, les corresponde exclusivamente un rol de legisladores negativos y nunca positivos, no podría admitirse un control constitucional sobre las omisiones del legislador¹²¹.

Esta crítica incurre ante todo en un desconocimiento de la práctica constitucional actual, especialmente –aunque no solo- de los tribunales constitucionales europeos. Resulta claro que hoy el mito del «legislador negativo»¹²² y el disfuncional binomio inconstitucionalidad-nulidad¹²³, o lo que

¹²¹ RUIZ MIGUEL, Carlos. Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” [en línea], núm. 2, junio a diciembre de 2004. p. 165, también En: en Revista Peruana de Derecho Constitucional nº 2 (2000), p. 99-110. RENTERÍA, Adrian. Op. Cit., p. 260. ETO CRUZ, Gerardo. Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión. En: VEGA GÓMEZ, Juan, CORSO SOSA, Edgar (coordinadores) y autores varios. Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002. p. 177.

¹²² CASHAL, Jesús María. Op. Cit., p. 47.

¹²³ BAZÁN. Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Cit., p. 47.

Modugno llama la «ingenua alternativa» entre constitucionalidad e inconstitucionalidad¹²⁴, han sido ampliamente superados por la práctica de los tribunales constitucionales, especialmente europeos¹²⁵.

Razones como el temor a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma en coherencia con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, en general la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad (desde la perspectiva de los bienes involucrados y del principio de división de poderes) y un conjunto de razones estructurales relacionadas con las nuevas exigencias positivas del Estado social, han dado lugar a la expansión de la actuación positiva –realmente siempre presente- de los tribunales constitucionales¹²⁶.

Así, hoy se tiene una gran cantidad de tipos de decisiones¹²⁷, desde sentencias interpretativas y de inconstitucionalidad parcial¹²⁸, pasando por

¹²⁴ MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e potere legislativo. En: en AAVV. Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia. 1982. p. 48, citado por BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Cit., p. 56.

¹²⁵ TAJADURA TEJADA, Javier. Op. Cit., p. 284. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo – kelseniano. En: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Núm. 4. (julho-dezembro). São Paulo: Livraria Del Rey. 2004., pp. 177.

¹²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo – kelseniano. Cit., p. 182. Según dice Jiménez Campo: «Poco han de valer exorcismos doctrinales en torno a la imagen del «legislador negativo» que no fue nunca realidad generalizada en sitio alguno y que hoy, resueltamente carece de toda verosimilitud –por causa de la complejidad del ordenamiento- en cualquiera de los sistemas asentados de jurisdicción constitucional». JIMÉNEZ CAMPO, Javier. La declaración de inconstitucionalidad de la ley. En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier (editores). Estudios sobre jurisdicción constitucional. Madrid: McGraw-Hill. 1998. p. 114, citado por CASHAL, Jesús María. Op. Cit., p. 48. En un sentido general, Modugno considera que la Corte Costituzionale desempeña no tanto una función sustitutiva de la legislación parlamentaria cuanto más bien colateral, que se manifiesta en la formación de los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas necesarias para colmar las eventuales lagunas, subsiguientes a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, o para desarrollar de un modo operativo los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo. «La Corte, por tanto, asume una función que técnicamente puede ser caracterizada como de impulso y de iniciativa calificada». MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e potere legislativo. Cit., p. 63.

¹²⁷ Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., pp. 292-330. CRISAFULLI, Vezio. Op. Cit., pp. 381-409. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG». Cit., pp. 131 y ss. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La problemática de las sentencias normativas. En: Revista

sentencias de mera incompatibilidad o inconstitucionalidad sin nulidad¹²⁹, de apelación o exhortativas (dirigidas al legislador), las que declaran que una ley todavía no es constitucional, de inconstitucionalidad diferida¹³⁰, hasta sentencias aditivas simples, de principio y de prestación¹³¹.

Y en segundo lugar, la posición que rechaza la fiscalización de las omisiones legislativas contrarias a la Constitución, ha señalado que un control al legislador de este tipo significaría una violación a su libertad de configuración¹³². Una crítica como esta, parte de una inadmisibles e indebida operación de generalización de las normas de la Constitución.

Es cierto que en la mayoría de Estados actuales, en virtud del principio democrático, el legislador goza de autonomía política en su función creadora de

Estudios constitucionales. Año 2. Núm. 1. 2004. pp. 337-346. RANGEL, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., pp. 664-665. RUEDA LEAL, Paul. Op. Cit., pp. 327-335. CASHAL, Jesús María. Op. Cit., pp. 47-48.

¹²⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 85-86. BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Cit., p. 56. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 298.

¹²⁹ Introducidas por el sistema constitucional alemán, con la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional en 1970. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 91 y ss.

¹³⁰ Acogidas principalmente por el Tribunal Constitucional Austriaco desde una reforma de 1975. *Ibíd.*, p. 87.

¹³¹ Las sentencias aditivas en sus varias vertientes son «creación» de la Corte Constitucional italiana. Ver a este respecto GROPPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Núm. 107 (mayo-agosto). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003. pp. 492 y ss. BELOCCI, Mario y PASSAGLIA, Paolo. Op. Cit., pp. 26-68. ROMBOLLI, Roberto. Op. Cit., pp. 60-75. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Op. Cit., p. 86. Puede también atribuírsele a la crítica en cita, que constituye una interpretación tradicional y demasiado restringida de los planteamientos de Kelsen al respecto, ya que la idea del rol de «legislador negativo» de los tribunales constitucionales viene a ser relativizada por el mismo autor, quien con el propósito de contrarrestar las indeseadas consecuencias que podían desencadenar los vacíos jurídicos subsiguientes a la anulación de una norma, sostuvo la conveniencia de facultar al tribunal constitucional para establecer –conjuntamente con la resolución que anula la ley- que las normas generales que regulaban la materia con anterioridad a la norma anulada, volvieran a entrar en vigor, correspondiendo al mismo órgano los casos en que se pudiera hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior *état de droit*, planteamiento este que fuera acogido explícitamente por la reforma constitucional austriaca de 1929 (y que en la actualidad corresponde al art. 140.6 de la Constitución), y que evidentemente implica, como el mismo Kelsen lo admitiera, no solo un acto negativo sino también uno positivo de legislación por parte de los tribunales constitucionales. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo – kelseniano. Cit., pp. 175-176.

¹³² PÉREZ ROYO, Javier. Inconstitucionalidad por omisión. En: ARAGÓN, Manuel (coordinador.) Temas básicos de derecho constitucional. Madrid: Civitas. 2001. pp. 66. ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit., p. 176.

las leyes y en línea de principio puede decirse que no existe una rigurosa vinculación positiva del legislador a la Constitución que lo haga meramente ejecutivo de sus normas. E incluso, según el mismo Ferrajoli lo ha señalado, la rigidez de los textos constitucionales en el Estado constitucional de derecho, no hace de todas sus normas mandatos auto-ejecutivos que produzcan un sofocamiento de la política legislativa¹³³, sino que al ser el Estado constitucional también democrático, la Constitución otorga la posibilidad opción política de elegir entre proyectos alternativos de sociedad¹³⁴.

Sin embargo, como lo ha sostenido también Ferrajoli, la democracia del Estado constitucional, es a su vez y justamente *democracia constitucional*, caracterizada por su sometimiento no solo a reglas formales que regulan los aspectos procedimentales para la válida elaboración del derecho, sino también a los preceptos sustanciales sobre derechos fundamentales, sociales y de libertad, los cuales obligan al legislador a dictar normas que establezcan medidas tendientes a su satisfacción (en el primer caso) y proscriben toda decisión legislativa que los limite, que los suspenda o restrinja indebidamente (en el segundo caso)¹³⁵, y en esa medida constituyen lo que el teórico en cita ha llamado la *esfera de lo indecible* para el legislador, lo que se encuentra sustraído a las mayorías políticas, a la política democrática, y que por ende, justamente no entra en la esfera de la libertad de configuración legislativa.

De esta manera, a pesar de que en general la Constitución no reduzca al legislador a mero ejecutor de sus disposiciones y, por tanto, en principio estas le

¹³³ Zagrebelsky ha llamado a esto «asfixia del proceso político por saturación jurídica». ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta. 1995. p. 152.

¹³⁴ «La subordinación o sujeción ejercida por la constitución hacia el ámbito de la discusión y deliberación públicas no significa que la política sea meramente «ejecutiva», sino simplemente que el proyecto constitucional es vinculante para la política, que diseña normativamente un espacio en el cual la legislación tiene, sin embargo, amplísimos márgenes de autonomía». FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit., p. 170.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y crítica del derecho. En: Epistemología jurídica y garantismo. Op. Cit., p. 295. GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. Cit., p. 346.

otorguen libertad en su labor de configuración política de la sociedad, imponiéndole genéricamente solo la prohibición de no contradecirlas, normas constitucionales como las que consagran derechos fundamentales en general, y derechos sociales fundamentales en particular, se sustraen a esa autonomía política, y por ende su violación, ocasionada por omisión, en virtud del principio de supremacía constitucional, debe ser susceptible de ser jurisdiccionalmente controlada.

Estas son sintéticamente las dos críticas tradicionalmente dirigidas contra el control de las omisiones del legislador, y específicamente contra el modelo abstracto, y al mismo tiempo, los correspondientes problemas de que adolecen desde la perspectiva de este trabajo¹³⁶. La posición presentada también ha

¹³⁶ La posición analizada emprende también otra crítica, igualmente discutible, la cual, sin embargo, no puede considerarse necesariamente dirigida hacia el modelo abstracto de control constitucional sino en general contra las posibilidades de un control de los silencios del legislador, por lo que no ha sido aquí tratada junto a las otras dos. Se puede aquí, no obstante, observar brevemente. La crítica es de estirpe claramente formalista, y sostiene que, a excepción de la Constitución de Portugal, en la mayoría de ordenamientos jurídicos continentales no se encuentra positivamente consagrado un control jurídico y más exactamente un control constitucional a las omisiones legislativas inconstitucionales (PÉREZ ROYO, Javier. Inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 66-67). Ver la presentación que de los pretendidos obstáculos para el control de las omisiones hace ETO CRUZ, Gerardo. Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión. En: VEGA GÓMEZ, Juan, CORSO SOSA, Edgar (coordinadores) y autores varios. Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002. pp. 176-178). Esta crítica, exhibe un defecto de tipo reduccionista, en dos sentidos, uno de orden empírico, práctico, más grave que otro, de naturaleza eurocéntrica. De acuerdo con el menos importante, no por ello poco problemático, esta crítica parte de una posición que limita su campo de observación al derecho constitucional europeo-occidental, desconociendo sistemas constitucionales como los de Hungría, Brasil, Venezuela, y los de algunos Estados federados del primero y de México, en los cuales, como se vio, el control constitucional –abstracto- de los silencio se ha ido incorporado progresivamente, con novedosos y particulares modelos y mecanismos (esto, teniendo en cuenta que al momento de la publicación de la fuente tomada como referencia de este problema de la crítica (PÉREZ ROYO, Javier. Inconstitucionalidad por omisión. Cit.), por lo menos la Constitución de Brasil y Venezuela y la de todos los Estados citados de Brasil y del Estado de Veracruz en México, y la Ley del Tribunal Constitucional de Hungría, ya habían establecido el control –abstracto- de las omisiones legislativas inconstitucionales). Pero por otra parte, y este es el problema más grave, al fundarse en la no estipulación *positiva* para rechazar el control constitucional en cuestión, esta posición hace tabla rasa de la realidad constitucional, no solo de Estados americanos, sino justamente de la mayoría de los Estados europeos, de sus tribunales constitucionales, en los cuales hoy es aceptada ya casi sin discusión la teoría de la interpretación y argumentación jurídicas en la adopción de decisiones judiciales, y en los que precisamente, con apoyo en esta y con arreglo al principio de supremacía constitucional y carácter vinculante de la Constitución, se ha declarado la existencia de omisiones del legislador contrarias a la Constitución, realizando un control sobre las mismas, no solo relativas, sino

señalado que la fiscalización de las omisiones legislativas daría al traste con el principio de división de poderes. Tal objeción contra el modelo de control abstracto tiene, en cambio, mucha más contundencia y hace parte también del conjunto de críticas que desde esta investigación se dirigen a continuación contra tal modelo. Deben ahora sí abordarse esta y otras reales dificultades y límites del modelo de control constitucional abstracto de las omisiones absolutas del legislador.

De acuerdo con las medidas que, según los ordenamientos jurídicos que lo consagran, puede adoptar el juez constitucional como resultado de este tipo de control, las variables pueden agruparse, por sus rasgos más comunes y representativos, genéricamente en tres esquemas: aquellos que contemplan simples comunicaciones o exhortaciones al legislador por el tribunal constitucional, con o sin plazos, en orden a que este dicte la legislación de actuación inconstitucionalmente omitida (Portugal, Hungría, Brasil, Venezuela, y el Estado federado de Quintana Roo); los que a la comunicación o intimación en el sentido indicado, agregan la atribución de responsabilidad al legislador, en caso de que este se muestre renuente hacia el cumplimiento de la sentencia, y más específicamente, hacia la recomendación de actuar los preceptos de la Constitución (los Estados federados de Tlaxcala, San Pablo, Río de Janeiro y Santa Catarina), y en tercer lugar, aquellos que facultan al tribunal constitucional para dictar, aunque de manera provisional, las bases, lineamientos o en general las normas omitidas por el legislador, hasta tanto este cumpla con su obligación constitucional de expedirlas (los Estados federados de Veracruz-Llave, Chiapas y Coahuila).

también absolutas, acogiendo diversas formas de solución (ver a este respecto especialmente FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Cit., pp. 40 y ss. Y del mismo autor: El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG». Cit., pp. 93-135. TAJADURA TEJADA, Javier. Op. Cit., p. 283. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La jurisprudencia del tribunal constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 123-151).

De los tres esquemas, no obstante, ninguno satisface o bien una dimensión práctica o bien una de compatibilidad con la estructura del Estado constitucional de derecho. En primer lugar, el que establece como consecuencia del control constitucional la emisión por el órgano jurisdiccional de comunicaciones o exhortaciones al legislador, con o sin plazos, para que este dicte las normas indebidamente omitidas, encuentra unos límites evidentes desde el punto de vista práctico. Como resulta obvio, una sentencia que, como las contempladas por este primer modelo, se contrae a una simple recomendación o exhortación, e incluso, a una intimación, sin embargo, sin ninguna capacidad para hacerse ejecutar, puede ser incumplida, defraudada y no surtir en consecuencia ningún tipo de efecto real, a cuya producción está llamada toda decisión judicial, dejando en consecuencia inalterada la situación irregular inicial, inconstitucional, de incumplimiento del legislador¹³⁷.

¹³⁷ Según AHUMADA GONZÁLES, Ángeles (Op. Cit., p. 183), la eficacia de estas decisiones es dudosa y se hace depender de la «sensibilidad del legislador». La recepción jurisprudencial de este modelo de control abstracto sobre las omisiones, en los países que lo han previsto, ha sido al mismo tiempo muy reducida. En Portugal, desde la reforma constitucional de 1982, solo se cuentan tres sentencias («acórdao») del Tribunal Constitucional sobre el tema, y de estas solo una estimatoria (caso de ausencia de previsión legal que fijara el concepto de «datos personales», necesario para hacer efectiva la garantía consistente en la prohibición de acceso de terceros a aquellos, contenidos en soportes informáticos). Ver FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. Cit., pp. 354 y ss. En Brasil, por su parte, dentro de los quince primeros años de vigencia de la Constitución, solo dos sentencias habían declarado la existencia de la inconstitucionalidad por omisión (según advierte Fernández Segado, en la doctrina brasilera existe cierto consenso alrededor de la escasa eficacia práctica que la ação de inconstitucionalidade por omissão ha tenido hasta hoy. En su comentario, Fernández sigue a BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho brasileño: un bosquejo. En: FERRER MAC-GREGOR., Eduardo. (coordinador). Derecho Procesal Constitucional. Tomo III. México D.F.: Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2003. p. 2001, y a STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica (uma nova crítica do direito). Rio de Janeiro: Editora Forense. 2004. p. 788. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Cit., p. 54-55). Probablemente donde el control –abstracto- a la inconstitucionalidad por omisión ha sido más ampliamente recepcionado por la jurisprudencia constitucional es en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado cinco sentencias en procesos de inconstitucionalidad por omisión (sentencias 1556 de 2002, 1582 de 2003, 2073 de 2003, 2341 de 2003, y 03-1100 de 2005). Esto, por supuesto, nada dice de la efectiva producción de efectos de los fallos. BAZÁN, Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. Cit., pp. 486-498.

Se trata en efecto de pronunciamientos totalmente carentes de eficacia jurídica directa¹³⁸, lo que incluso ha llevado a cuestionarse sobre su naturaleza misma, es decir, de si constituyen en realidad de «decisiones judiciales», de si y en qué medida fallos como estos conservan la calidad de verdaderos actos jurisdiccionales, que dan «soluciones a casos»¹³⁹. Algunos incluso han terminado por reconocerle como única función a estos pronunciamientos la de asegurar una vía de publicidad crítica y procesal contra la Constitución no cumplida¹⁴⁰. Desde otro punto de vista, la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tiene posibilidad de imponer, han dicho algunos, en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados, conduce a una pérdida de «autoridad» que puede contaminar peligrosamente al resto de sus resoluciones, provocando un efecto letal sobre el prestigio del tribunal¹⁴¹.

¹³⁸ Así lo ha reconocido GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 1049, citado por VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., p. 188.

¹³⁹ RUIZ MIGUEL, Carlos. Op. Cit., p. 170. Una opinión contraria sostiene CASHAL, Jesús María (en Op. Cit., p. 38), quien apoyándose en JIMÉNEZ CAMPO, Javier (Op. Cit., p. 114) cuando afirma: «al juez de la ley cabrá solo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley. Tal es el contenido mínimo y esencial de su tarea», señala que algo similar ocurre con el control abstracto de las omisiones absolutas del legislador, pues ante la imposibilidad de anular su silencio, «puede emitirse una declaración judicial de inconstitucionalidad de la omisión legislativa, cuya consecuencia natural será la adopción de la ley correspondiente por el órgano legislativo moroso». No parece, sin embargo, tan «natural» ni automático, como lo ve Cashal, un comportamiento obediente del legislador hacia decisiones judiciales de este tipo, siendo, en cambio su contumacia, sí una probable conducta común y natural. Los autores coinciden en señalar el caso alemán como excepcional en este sentido, pues, ante las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que una situación no es todavía inconstitucional, pero que puede tornarse en tal, realizando una apelación al legislador para que propicie una constitucionalidad plena del precepto o la disciplina jurídica, el peculiar significado que los órganos estatales, y también la opinión pública, atribuyen a los pronunciamientos del órgano de control constitucional, aseguran a las Appellentscheidungen (apelaciones al legislador) una eficacia comparable a la de cualquier otra decisión de naturaleza preceptiva, lo que se corrobora a la vista de las, en ocasiones, profundas reformas legislativas a las que este tipo de decisiones han dado lugar. FERREIRA MENDES, Gilmar. O controle da omissão inconstitucional. En: SCHÄFER, Jairo. (organizador), *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2007. p. 301. BÉGUIN, Jean-Claude. Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne. Paris: Economica. 1982. p. 293, citados ambos por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG». Cit., p. 119. Ver también RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., p. 662.

¹⁴⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. ¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15. Núm. 43 (Enero-Abril). 1995. p. 19.

¹⁴¹ RUIZ MIGUEL, Carlos. Op. Cit., p. 170.

En segundo lugar, el esquema que intenta resolver el problema de la escasa o nula virtualidad jurídica de este tipo de pronunciamientos, a través de la atribución de sanciones o *responsabilidades* al legislador, en caso de que este se muestre renuente al establecimiento de las normas cuya inconstitucional ausencia ha sido constatada y su producción «recomendada» por el tribunal constitucional, presenta un problema práctico y hasta político y jurídico no menos difícil que el anterior.

La dificultad aquí se identifica con las pocas posibilidades de éxito de las medidas tradicionales para la ejecución de una sentencia, determinado ello por la naturaleza del omitente y eventual responsable de las omisiones contrarias a la Constitución. La idea del cumplimiento de un fallo de este tipo cuestionaría en efecto si debe iniciárseles un juicio a todos los integrantes del parlamento o solo a algunos, si estarían o no eximidos de responsabilidad aquellos que presentaron una iniciativa legislativa para emitir las normas cuya ausencia ha resultado a la postre declarada inconstitucional, o quienes la votaron positivamente a pesar de resultar posteriormente hundida; si se debe o no sancionar a los que no asistieron a las sesiones de votación o de deliberación o a quienes actuaron de forma pasiva o votaron negativamente la iniciativa, etc.¹⁴².

Sin embargo, lo cierto es que ni lógica, ni política ni jurídicamente podría decretarse una sanción a todos o algunos integrantes de un parlamento o destituirlos por negarse a cumplir una orden judicial de este tipo, en cuanto la responsabilidad derivada de la inactividad del legislador, entendido este en el sentido abstracto del término, es del órgano, del cuerpo político en cuanto tal y no de los integrantes en su individualidad¹⁴³. Una sanción en contra del parlamento,

¹⁴² RANGEL, Laura. El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. Cit., pp. 663-664.

¹⁴³ CARBONELL, Miguel. Presentación. La inconstitucionalidad por omisión y los retos del Estado constitucional. En: CARBONELL, Miguel (coordinador). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. XXII-XIII.

como poder público, por otra parte, no es fácilmente imaginable y tampoco ha sido planteada por la literatura jurídica¹⁴⁴.

Y en tercer lugar, la variante del control constitucional abstracto de las omisiones que permite al tribunal constitucional dictar, aunque de manera provisional, en general las normas (o lineamientos) inconstitucionalmente omitidas por el legislador, hasta tanto este cumpla con su obligación constitucional de hacerlo, claramente transgrede los límites que señala la estructura del Estado constitucional de derecho, pues quebranta el principio de división de poderes.

Para quienes rechazan el control a las omisiones del legislador, la violación a la división de poderes se produciría porque aquel supone en general un control por el poder judicial a las actuaciones del legislador democrático¹⁴⁵, crítica esta no muy diferente de aquella clásica planteada, dentro de la vieja polémica acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, contra el tribunal constitucional, por su ilegitimidad e irresponsabilidad políticas¹⁴⁶. El principio de división de poderes, sin embargo, realmente sufre su rompimiento al facultarse al órgano de justicia constitucional, no para que controle en general las omisiones inconstitucionales del legislador, sino para que expida normas, así sea con vigencia transitoria.

El mencionado principio, con relación al control constitucional, exige solamente que los tribunales constitucionales no dicten normas, ni siquiera

¹⁴⁴ RUIZ MIGUEL, desde otro ángulo, plantea que la posibilidad de dotar de un mecanismo de sanción judicial al control de la inconstitucionalidad por omisión, ligada como está a la naturaleza jurídica de los órganos judiciales, pierde de vista la diferencia entre los tribunales del ordenamiento norteamericano y los de tipo continental-europeo, según la cual para los primeros, es posible *todo lo que no les prohíba la Constitución*, mientras que para los segundos es posible *sólo lo que les permita la ley*, y en ese sentido, que el establecimiento de una pena o de una sanción en los sistemas continental-europeos, es inconcebible, de acuerdo con el principio de legalidad penal, si previamente una ley no tipifica como infracción la inactividad legislativa. RUIZ MIGUEL, Carlos. Op. Cit., p. 171.

¹⁴⁵ RUIZ MIGUEL, Carlos. Op cit., p. 174.

¹⁴⁶ Es aquí, por supuesto, obligada la referencia a. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Civitas. 1995. Sobre la identificación entre ambas críticas ver VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit., pp. 23-34.

provisionales¹⁴⁷, y por consiguiente solo en tales casos, es decir, cuando se le otorga a los órganos de control constitucional la potestad para emitirlos, como en la variante de control abstracto que aquí se analiza, se produce su desmantelamiento.

El otorgamiento a los tribunales constitucionales de facultades para dictar la legislación ausente en casos de omisiones legislativas absolutas, en efecto, contrario a los casos en que el tribunal constitucional dicta sentencias aditivas o interpretativas –muchas veces también acusadas de vulnerar la división de poderes-, no comporta solo ocasionales o eventuales actuaciones del juez constitucional como legislador positivo ante omisiones parciales del legislador, ampliamente justificadas en virtud de su función de defensor de la supremacía de la Constitución y de mediador de conflictos sociales y políticos¹⁴⁸, sino que implica actuaciones por entero legislativas del tribunal constitucional, sin referencia previa a producción normativa alguna [defectuosa] del parlamento, lo cual abiertamente significa un desplazamiento o sustitución, aunque temporal, del poder legislativo por el judicial, con la consiguiente desregularización para la estructura del Estado constitucional y los altos costos políticos para el sistema democrático.

Por otra parte, no resulta para nada claro con arreglo a qué procedimientos o mecanismos podría un tribunal constitucional afrontar un proceso tan complejo y tradicionalmente de tanta rigurosidad formal, como el que involucra la expedición de una norma, aunque transitoria, con carácter general, y menos en los casos en que se trate de legislación de actuación de tipo organizativo de prestaciones cuya responsabilidad descansa en el Estado, siendo esto apenas natural en un órgano que no ha sido pensado ni por tanto tampoco diseñado para el efecto.

¹⁴⁷ TAJADURA TEJADA, Javier. Op. Cit., p. 285.

¹⁴⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La problemática de las sentencias normativas. Cit., p. 345.

En este orden de ideas, se dejan planteadas las principales dificultades de las tres variables del modelo de control constitucional abstracto de las omisiones del legislador, adoptadas hasta el momento por los ordenamientos constitucionales positivos vistos. En el primer caso, se subrayaron los problemas relacionados con las escasas, por no decir nulas, posibilidades prácticas de una pronunciamiento sin capacidad de hacerse ejecutar, además de los problemas de legitimidad que este tipo de fallo acarrearía para el juez constitucional; en el segundo caso, se mostró cómo un sistema de sanciones frente a los casos de inercia legislativa no es ni lógica ni jurídicamente posible, y en el tercero, se estableció, el inevitable rompimiento al principio de división de poderes que ocasiona un mecanismo que permita al tribunal constitucional la emisión de las normas omitidas por el legislador, además de las dificultades que plantea la producción de una norma con efecto general al interior del órgano jurisdiccional.

2.4.2 Acerca del segundo modelo

La propuesta de Villaverde Menéndez, según la cual, las omisiones del legislador solo pueden ser controladas a través de la resolución judicial de casos relacionados con silencios del legislador y al momento de la selección del derecho aplicable, tiene la ventaja de ser planteada con evidentes fortalezas prácticas por su autor.

Sin embargo, la construcción afronta tres difíciles problemas. En primer lugar, la dificultad más general y estructural tiene que ver con la definición de las *omisiones legislativas inconstitucionales* y, más exactamente, con la dependencia de esta definición, del modelo para su control constitucional posteriormente defendido por el autor. El segundo problema atañe a los inconvenientes que entraña la idea de un control de constitucionalidad de la llamada *norma implícita*; y el tercero, está ligado a las inconsistencias que reviste formular un control

constitucional de las omisiones legislativas a partir del control de actuaciones administrativas o judiciales.

En lo que hace al primer inconveniente, el más grave problema de la construcción de Villaverde estriba en que condiciona indebidamente el concepto de omisiones legislativas inconstitucionales a los elementos requeridos por el mecanismo de control constitucional, que a la postre va a ser defendido por el autor, y con esta operación mantiene una idea incorrecta de la configuración de los silencios inconstitucionales del legislador. Tal concepto de omisiones es construido en efecto, no de forma autónoma e independiente, sino por directa inducción del sistema de control de las omisiones preconcebido aunque solo ulteriormente adoptado en forma expresa.

Desde el inicio de su principal texto¹⁴⁹, Villaverde toma tácitamente como punto de referencia un mecanismo de control constitucional de los silencios que, por oposición al abstracto, al que implícitamente identifica como aquel que solo posibilitaría un juicio de oportunidad e intención política sobre el que no tienen competencia los jueces¹⁵⁰, permite ejercer un control estrictamente jurídico y a través de los medios ordinarios que ofrece el ordenamiento y, a partir de ahí, se da a la tarea de elaborar un intrincado concepto de omisión legislativa inconstitucional que consulte las exigencias y necesidades y, en fin, que se acomode, a ese medio de control previamente acogido.

De este modo, al considerar que el sistema de control constitucional de los silencios del legislador que permanece en plano jurídico (sin invadir el político) y puede operar con las herramientas previstas por el propio ordenamiento y que además presenta evidentes fortalezas prácticas, es aquel ejercido a través de la resolución de un caso concreto, en el momento de la determinación del derecho aplicable y a la luz del análisis de las consecuencias producidas por el silencio en

¹⁴⁹ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Cit.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 142,143.

un pronunciamiento previo, administrativo o judicial, se ve compelido a establecer que no todos los silencios del legislador son inconstitucionales sino solamente aquellos que, *a partir de casos concretos*, generan situaciones y consecuencias contrarias a la Constitución y en virtud de la aplicación de las *normas implícitas* derivadas de tales silencios.

Este concepto de omisiones legislativas inconstitucionales, distorsiona la verdadera forma de configuración de la infracción constitucional ocasionada por la inercia del legislador. En efecto, podría compartirse la idea general de Villaverde, según la cual, *no todos los silencios del legislador son inconstitucionales sino solamente aquellos que generan o conservan situaciones contrarias a la Constitución*. De hecho, de acuerdo con Ferrajoli, las inactividades legislativas que constituyen una situación contraria a la Constitución y que por ende configuran omisiones legislativas inconstitucionales no son todas, sin solamente aquellas que dejan inactuados los contenidos indisponibles e *indecidibles* de la Constitución (derechos y principios fundamentales en general), y no las correspondientes a otros preceptos superiores cuyo desarrollo legal se ubica en el dentro ámbito de autonomía política y libertad de configuración legislativa¹⁵¹.

Sin embargo, es equivocado sostener que las situaciones contrarias a la Constitución, de cuya producción se deriva, según Villaverde, el carácter inconstitucional de las omisiones, requieran ser manifestadas dentro de *un caso concreto* que deba resolver una autoridad pública (generalmente administrativa, aunque también judicial), y más específicamente, que la inconstitucionalidad se concluya como producto de la decisión de esa autoridad, motivada en el silencio del legislador.

En verdad, en cuanto el legislador está sometido fundamentalmente en forma *abstracta* a la Constitución y específicamente a los preceptos respecto de los

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Cit., p. 170.

cuales está obligado a dictar legislación de actuación, con apoyo en Ferrajoli se puede sostener que la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas se produce cuando el legislador deja de actuar y por el mero hecho de su inactividad, sin que se necesiten casos decididos por autoridades, judiciales o administrativas, con base en el silencio, para que ella se configure o que las consecuencias inconstitucionales se visualicen a partir de las decisiones de estas autoridades, fundadas en el silencio, en torno a casos concretos, para que aquella pueda predicarse.

No resulta acertado afirmar que las situaciones contrarias a la Constitución, en las cuales radica la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, requieran ser producidas o generadas por el acto de una autoridad y que deben identificarse dentro un caso por ella decidido con base en el silencio del legislador. Las situaciones contrarias a la Constitución o consecuencias que hacen inconstitucional las omisiones del legislador se producen *de hecho* y en forma general, a partir de la inercia de aquel, en cuanto significan para los destinatarios de los preceptos constitucionales violados con la inactividad, la imposibilidad de su satisfacción. Una cuestión independiente y por completo diferente es que el control de constitucionalidad de esas omisiones requiera ser planteado a través de formas ligadas a la resolución de casos concretos.

Por otra parte, un concepto de omisiones legislativas inconstitucionales, condicionado por el mecanismo para su control, no solo incide negativamente en la correcta comprensión de la configuración del fenómeno de la inactividad inconstitucional del legislador, sino que –y con esto se aborda la segunda dificultad anotada- obliga a recurrir a una complicada y exhaustiva elaboración para justificar las condiciones que a juicio del autor permiten realizar un control rigurosamente *jurídico* (antes que de oportunidad política) sobre ellas, lo que es difícilmente sostenible incluso desde un mero punto de vista técnico. El principal problema está representado por el constructo de la denominada *norma implícita*,

formulado por el autor con el propósito de objetivar el control jurídico de los silencios legislativos.

Como se advirtió más arriba, es cierto que existen normas de clausura para cada sector del ordenamiento jurídico, con sujeción a las cuales deben resolverse las situaciones o eventos no previstos positivamente por la respectiva área del ordenamiento. No obstante, lo que no parece adecuado es sostener que ellas pueden ser objeto de control de constitucionalidad en cuanto tales, es decir, en cuanto *normas implícitas*, y esto al menos por dos razones básicas.

La primera, porque al no poseer substrato o *forma positiva* o, lo que es igual, al carecer de enunciado normativo que las contenga, no pueden lógicamente ser anuladas ni expulsadas del ordenamiento jurídico. Y la segunda, porque, si en gracia de discusión y violando la lógica se aceptara un pronunciamiento sobre ellas, no podrían ser afectadas en su existencia jurídica ya que justamente por ser operativas, actúan como una suerte de meta-normas que sirven a los fines del funcionamiento mismo del sistema jurídico.

Por último, el tercer problema de que adolece la tesis de Villaverde consiste en que, al realizar el control de constitucionalidad del silencio del 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 jueces¹⁵².

En efecto, cuando se decreta la anulación o revocatoria de una sentencia judicial o de un acto administrativo, por contener consecuencias contrarias a la

¹⁵² RUIZ MIGUEL, Carlos. Op. Cit., p. 173-174.

Constitución, aunque estas se encuentren jurídicamente motivadas en el silencio del legislador, lo que se determina es la disconformidad con la Constitución de una *acción*, de una *actividad*, del poder ejecutivo o judicial, y no de una omisión o inactividad del poder legislativo, muestra de lo cual, es que el juez ordinario o el Tribunal Constitucional (en el esquema de Villaverde), *juzgan* y *anulan* el producto (acto administrativo o sentencia judicial) de esa *actuación*, administrativa o judicial, y no una inactividad normativa general (imputable al legislador)¹⁵³.

En este orden de ideas, las tres objeciones articuladas en torno a la tesis de Villaverde, la primera relativa a la indebida conceptualización de las omisiones legislativas inconstitucionales, la segunda vinculada a los problemas lógicos y jurídicos de considerar la llamada norma implícita objeto de control de constitucionalidad, y la tercera, ligada a la incorrección de sostener un control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, a partir del control de decisiones judiciales o administrativas inconstitucionales (fundadas en el silencio del legislador), dejan en evidencia los límites de sus planteamientos, a pesar de su aparente alcance y respaldo prácticos exhibidos en su formulación inicial.

2.4.3 Acerca del tercer modelo

El modelo que plantea un control a los silencios absolutos del legislador contrarios a la Constitución, a través de la aplicación directa, en casos concretos, de las normas constitucionales inactuadas con la omisión, como ya se había adelantado, es en forma general el más satisfactorio desde la doble dimensión de análisis con base en la cual se ha emprendido el examen crítico de cada modelo.

No solo no excede los límites fijados por la estructura jurídica del Estado constitucional y se ajusta al mismo tiempo a sus exigencias en términos de valor vinculante y normativo de las normas constitucionales, sino que además presenta

¹⁵³ *Ibíd.*

notables fortalezas desde el punto de vista práctico. En concreto, puede afirmarse que este modelo de control por aplicación directa de la Constitución posee tres trascendentales ventajas.

En primer lugar, al tomar forma a través de la aplicación en casos concretos de las normas violadas con la omisión, evita los complicados problemas objetados al modelo abstracto de control constitucional, relacionados con la extralimitación en el ejercicio de las competencias por parte del tribunal constitucional, en una eventual fiscalización de la inactividad general del legislador; y en el caso más extremo, en la variable que otorga facultades legislativas al juez constitucional, evita la difícil acusación de violación al principio de división de poderes.

En segundo lugar, tiene la fortaleza de ofrecer rendimientos y resultados prácticos inmediatos, sin recurrir a elaboraciones excesivas e injustificadas, en cuanto los efectos del control del silencio del legislador actúan en forma casi automática sobre las consecuencias ocasionadas por la omisión del legislador, haciendo eficaces los preceptos de la Constitución, sin requerir una intervención normativa ulterior, absolutamente incierta y con pocas o casi nulas probabilidades de coerción, del legislador.

Y en tercer lugar, en cuanto aplica y hace eficaz directamente la Constitución y particularmente los principios sobre derechos fundamentales, este modelo es el que mejor representa los rasgos del constitucionalismo moderno, en particular el valor y carácter jurídico de las normas materiales sobre derechos fundamentales de la Constitución y su capacidad de aplicación en casos concretos.

Este modelo, en suma, presenta evidentes ventajas tanto de naturaleza teórica, pero especialmente de orden práctico, por sobre los otros dos presentados. Su fortaleza, proviene ante todo del *enfoque* y *forma de actuar* del control constitucional sobre las omisiones, de su *estructura*, de donde deriva su

coherencia y ajuste teórico con el Estado constitucional, y su proyección práctica en general.

Con todo, en lo que interesa a los fines de esta investigación, es decir, en lo relativo al control de las omisiones correspondientes a los derechos sociales fundamentales en concreto, una utilización del modelo en comento que, por ende, implicaría una aplicación directa de los derechos sociales, plantea un problema previo que no es previsto ni puede ser resuelto desde los elementos a partir de los cuales este modelo ha sido caracterizado. El problema está vinculado a la estructura jurídica de los derechos sociales y radica en determinar cuándo es posible demandar la protección judicial directa de un derecho social fundamental.

Así como en los derechos de libertad, sobre los que recaen los casos juzgados por la jurisprudencia constitucional comparada que se ha analizado más atrás, siendo en general derechos negativos, de inmunidad o no intromisión estatal, pueden ser exigidos judicialmente, por vía de pretensiones individuales de defensa, cuando se haya producido su vulneración o haya amenaza de agresión activa sobre ellos, en el caso de los derechos sociales, consistiendo generalmente en prestaciones o acciones positivas del Estado, se requiere también precisar cuando o bajo qué circunstancias el sujeto del derecho tiene derecho a su reconocimiento y protección efectiva directa.

Ni en los ordenamientos jurídicos en los cuales la aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de leyes de actuación, viene ordenada por las propias Constituciones (casos de Brasil, Ecuador y Paraguay), ni desde la jurisprudencia, en la que como se vio, solo se pueden constatar casos de aplicación directa de normas constitucionales sobre derechos de libertad (desde los derechos a la objeción de conciencia, de expresión y comunicación, en los asuntos juzgados por el TC, hasta el derecho de igualdad en los casos resueltos por el BVerfG), ni tampoco, desde la doctrina constitucionalista que propende por

este modelo de control, la que únicamente ha insistido de manera general en la aplicación directa de las normas constitucionales cuando sea posible su «concretización», desde ninguno de los tres ámbitos, se han señalado los supuestos bajo los cuales puede tener lugar el reconocimiento y protección de los derechos sociales fundamentales.

Mantener el modelo y con él sus fortalezas y ventajas mencionadas, para el control de los silencios del legislador que afectan la eficacia de los derechos sociales fundamentales, exige entonces establecer las circunstancias y condiciones con base en las cuales aquellos deben ser reconocidos y protegidos, o más exactamente, las circunstancias y condiciones de su justiciabilidad.

Establecer *cuando* los derechos sociales son justiciables, puede lograrse a través de la formulación del *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales, el cual debe satisfacer unas condiciones de tipo formal y otras de índole material. Del desarrollo de esta tesis se ocupa el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

EL SUPUESTO DE HECHO DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

El *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales hace parte del estudio más amplio sobre su justiciabilidad llevado a cabo por el profesor Rodolfo Arango en su obra *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Además de la dimensión del *supuesto de hecho*, el capítulo de la justiciabilidad abarca en su construcción las del *contenido* y las *diferenciaciones* (al determinar su contenido) de los derechos sociales fundamentales.

Bajo la primera dimensión, la del supuesto de hecho, el autor aborda el problema de *bajo qué condiciones (cuándo)* un individuo puede exigir una acción fáctica (o prestación) del Estado por vía judicial (denominado problema cognoscitivo); bajo la segunda, aborda el problema de la determinación judicial del contenido de los derechos sociales fundamentales (denominado problema metodológico); y bajo la tercera dimensión, la repartición adecuada de competencias entre el poder legislativo y la justicia constitucional en dicha determinación (denominado problema funcional)¹⁵⁴.

Aquí, sin embargo, solo se presentará la primera dimensión, es decir, la relativa al *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales, pues por lo que interesa a esta investigación, el análisis de la adecuación del modelo de control de las omisiones del legislador por aplicación directa de la Constitución, a los silencios del legislador que dejan inactuados derechos sociales fundamentales, ante todo exige determinar en qué circunstancias se abre la puerta para la protección judicial directa de tales derechos, lo que en última instancia significa

¹⁵⁴ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá D.C.: Temis y Universidad Nacional de Colombia. 2005. pp.115-119.

establecer *cuándo* se activa la posibilidad de controlar las omisiones que los afectan.

En este capítulo se presentará el *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales, a partir de lo que Arango llama sus *condiciones formales* (3.1) y sus *condiciones materiales* (3.2). En la última parte, se ilustrará, a través de algunos fallos de la Corte Constitucional colombiana, cómo, previa constatación del mencionado *supuesto de hecho*, la jurisprudencia constitucional nacional ha hecho aplicación directa de derechos sociales fundamentales, en lo que puede observarse un control constitucional a su ausencia de desarrollo legislativo (3.3).

3.1 Las condiciones formales del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales

Las condiciones formales del supuesto de hecho o del presupuesto para la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales en Arango pueden ser resumidas en que el sujeto del derecho se encuentre en una posición jurídica. Una posición jurídica, de acuerdo con el autor, es aquella que puede ser *fundamentada con razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho*¹⁵⁵. Encontrarse en una posición jurídica y, por ende, tener un derecho subjetivo a una prestación social, es entonces estar en situación de hacer exigencias a otros, y particularmente al Estado, fundamentado ello en razones válidas y suficientes, cuando su no reconocimiento pueda traer daños para el sujeto del derecho

Las razones válidas y suficientes para fundamentar una posición jurídica y, por consiguiente, para derivar un derecho subjetivo, no son solo las que pueden deducirse de la consagración explícita de este en un enunciado normativo específico, como lo sostiene la teoría jurídica positivista, sino también y sobre

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 20.

todo, aquellas que pueden ser obtenidas a partir de una «red de enunciados normativos», por medio de argumentación jurídica¹⁵⁶. El concepto de posición jurídica no se reduce así al mero contenido de una disposición normativa, como en el positivismo jurídico, sino que siempre tienen algo que la *excede*¹⁵⁷.

Esta perspectiva *argumentativa* del derecho subjetivo defendida por el autor, parte así de una comprensión «integral» del texto constitucional, de acuerdo con la cual, no solo las disposiciones de derechos fundamentales individuales (separadas, aisladas) sirven de razones para derechos –subjetivos- fundamentales, como sucede con arreglo a la visión «discreta» de la Constitución, propia de la teoría jurídica positivista, sino que también varias disposiciones normativas, que mediante una interpretación sistemática han sido vinculadas en un conjunto conexo de enunciados normativos, pueden justificar otras posiciones jurídicas sobre derechos -en especial sociales- fundamentales¹⁵⁸.

Las posiciones jurídicas sociales fundamentales, de acuerdo con Arango, en la realidad de la jurisprudencia y práctica constitucionales, se justifican, se obtienen, por lo general, no a través de la interpretación semántica o genética de enunciados normativos que las contengan explícitamente, lo que sucede solo por excepción, sino ante todo mediante la conexión racional, sistemática y coherente de partes de enunciados normativos o de diversas disposiciones normativas y a partir de un entendimiento holístico del orden constitucional¹⁵⁹.

De esta manera, la posición jurídica, social, fundamental, sobre el mínimo vital necesario para una existencia digna, reconocida y protegida en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional colombiana, es obtenida no a partir de su consagración explícita en el texto de la Constitución, sino de una interpretación

¹⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 29-30.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p.119.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, pp.121-122,125.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, pp.121, 124.

sistemática y relacionada de los mandatos del Estado social (art. 1º) y del orden constitucional justo (art. 2º), del derecho a la vida (art. 11) y a la igualdad real (art. 13), y de la protección inmediata de los derechos fundamentales por medio de la acción de tutela (art. 86), contenidos en la Constitución¹⁶⁰.

La configuración, el reconocimiento y protección de una posición jurídica, social, fundamental, está, sin embargo, condicionada¹⁶¹. En tanto la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del individuo están en la base de las Constituciones políticas modernas y el reconocimiento de prestaciones positivas supone en forma general su negación como consecuencia de la afectación positiva del Estado a favor de una persona, *el reconocimiento de una posición jurídica sobre derechos sociales fundamentales solo se configura cuando de su negación se siga una amenaza injustificada de daño para el sujeto de derecho*¹⁶².

Su configuración y protección está condicionada así a que, luego de una interpretación sistemática de la Constitución que deje a salvo el derecho general de libertad y el derecho a la libre determinación de la personalidad, se concluya, no obstante, que su no reconocimiento injustificado pone en peligro de daño al sujeto de derecho, o en general, en riesgo de vulneración una norma constitucional sobre derechos fundamentales¹⁶³.

De esta forma, para que un individuo pueda exigir una acción fáctica o prestación en sentido estricto del Estado¹⁶⁴ se requiere, desde el punto de vista formal, que el sujeto se encuentre en una posición jurídica, cuya omisión de

¹⁶⁰ La sentencia que sistematiza las condiciones para el reconocimiento de la posición jurídica sobre el derecho social fundamental al mínimo vital es la SU-111 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 8. Universidad Nacional de Colombia. 1997. Pp. 70-72.

¹⁶¹ *Ibíd.*, pp. 128, 129, 136,

¹⁶² *Ibíd.*, pp.124, 125,128, 129.

¹⁶³ *Ibíd.*, p.154.

¹⁶⁴ Sobre la distinción entre derechos prestacionales en sentido amplio y en sentido estricto ver ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. *Cit.*, pp. 68-69.

reconocimiento y protección le ocasione un daño inminente y lo haga sin justificación, es decir, en la que la omisión lleva a infringir una norma de derecho fundamental. Cuando ello es así, está dada la condición *formal* o *normativa* para el reconocimiento y protección de su posición jurídica, social, fundamental.

3.2 Las condiciones materiales del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales

Las condiciones materiales del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales parten en Arango de tres presupuestos, derivados de la relación – real- entre derechos y mercado¹⁶⁵.

En primer lugar, adoptando una concepción realista de los derechos, el autor señala que la titularidad de los derechos solo tiene valor si pueden ser ejercidos, si pueden ser garantizados y protegidos en caso de amenaza, por parte del Estado, lo que tiene costos económicos¹⁶⁶.

En segundo lugar, con base en argumentos en doctrina económica, sostiene que los mercados no son naturales, sino institucionales, están compuestos de instituciones (reglas de juego) o hacen uso todo el tiempo de ellas¹⁶⁷ y es a través de las mismas, que se posibilitan, se aseguran y garantizan el ejercicio de los derechos.

Y en tercer lugar, argumenta que los derechos sociales, en lo que respecta a sus posibilidades de justiciabilidad, no sólo no son diferentes a los derechos de libertad, sino que, especialmente en sociedades profundamente desiguales, donde las instituciones de garantía no han sido creadas, su exigibilidad judicial

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.144

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp.145-146.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 147-148.

cobra incluso más importancia y la actuación del Estado –como instancia por excelencia de su agenciamiento- resulta indispensable para garantizar que la igualdad de oportunidades sea real y efectiva para todos, mediante la intervención a favor de las personas marginadas, discriminadas o en situaciones de calamidad personal y de déficit de recursos. Esto, siempre que se desee seriamente proteger importantes intereses de la persona como ser humano y como miembro activo de la sociedad¹⁶⁸.

Con base en estos tres puntos de partida, Arango sostiene como *condición general material* del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, que el sujeto *debe encontrarse en una situación de necesidad que anule o afecte gravemente su libertad y su igualdad reales*¹⁶⁹. Pese a que el individuo está llamado, según el teórico, en principio, en virtud del principio de autonomía a enfrentar él mismo los riesgos que le depara la existencia, el Estado debe en ocasiones intervenir para asegurar las condiciones reales del ejercicio de las libertades y derechos y evitar los factores negativos que ponen en riesgo la libertad e igualdad real del individuo. El Estado interviene en este sentido bajo el principio de subsidiariedad, de acuerdo con el cual solo está obligado a actuar positivamente cuando la persona se encuentra en unas circunstancias personales o fácticas que afectan su vida autónoma y anulen su libertad e igualdad reales¹⁷⁰.

Las condiciones que en concreto, desde el punto de vista material, activan, según el autor, las obligaciones del Estado obedecen a factores tanto físicos o psíquicos como económicos¹⁷¹. Los factores físicos o psíquicos son resumidos por el autor en las *capacidades* personales del individuo, que limitan la libertad e igualdad efectivas del individuo, y constituyen el criterio fundamental para el

¹⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 150,152.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 155.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 155-156.

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 155-157.

otorgamiento y la protección de derechos¹⁷². Y por otra parte, los factores económicos pueden consistir en falta de medios económicos o déficit del mercado. En general, según el profesor, la falta de recursos económicos implica la negación efectiva del ejercicio de derechos fundamentales. Un factor determinante de la situación estructural de desigualdad fáctica es la pobreza¹⁷³. Pero también, la escasez de bienes básicos en el mercado tales como alimento, vestido, vivienda, medicamentos y atención médica, educación, trabajo, generada con frecuencia por monopolios fácticos o jurídicos, lleva a la exclusión y al perjuicio de los débiles y de los factores socialmente marginados.¹⁷⁴

En síntesis, las condiciones materiales de los derechos sociales fundamentales pueden ser tanto condiciones individuales de situaciones personales defectivas como situaciones estructurales objetivas. Ambas componen el concepto de *necesidad* y activan en el nivel material la exigibilidad judicial de las obligaciones positivas del Estado¹⁷⁵.

En este orden de ideas, con fundamento tanto en las condiciones formales como las condiciones materiales expuestas, del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, puede afirmarse de acuerdo con el profesor Arango que una persona tiene derecho *prima facie* a una acción positiva del Estado o, en otras palabras, al reconocimiento y protección judicial de su posición jurídica sobre derechos sociales fundamentales *cuando se encuentra en una **situación de necesidad** y el Estado tiene la posibilidad fáctica de resolverla o mitigarla, pero omite hacerlo, y tal omisión **amenaza con ocasionar un daño** a la persona*¹⁷⁶.

¹⁷² *Ibíd.*, pp. 157-159.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 163-164.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 165.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 167.

¹⁷⁶ *Ibíd.* Según el autor, se trata de un derecho social fundamental *prima facie*, en cuanto podrían esgrimirse razones en contra, como por ejemplo la ausencia de una obligación primaria del Estado o lo insignificante del

3.3 Aplicación directa de derechos sociales fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte Constitucional colombiana ha realizado un trabajo importante en el reconocimiento y protección de posiciones jurídicas sociales fundamentales y especialmente de aquellas constitutivas del mínimo vital, en variadas circunstancias, a partir de la constatación del mencionado *supuesto de hecho*. Aquí, sin embargo, con fines de ilustración, solo se observarán brevemente tres sentencias, vinculadas a la protección del mínimo vital: dos dictadas en su primer año de labores; y una tercera, producida recientemente, en la cual ratifica la doctrina establecida desde entonces.

La primera decisión en que la Corte Constitucional reconoció y protegió una posición jurídica social fundamental fue la sentencia T-426 de 1992¹⁷⁷. Una persona de la tercera edad, cónyuge supérstite de su esposa, pensionada por una entidad pública, había presentado solicitud de sustitución pensional y, sin embargo, luego de más un año, la misma no había sido resuelta, lo que le estaba impidiendo satisfacer algunas necesidades básicas y un tratamiento médico requerido con urgencia. El anciano presentó acción de tutela contra la entidad, argumentando violación del derecho a la subsistencia, por lo que, en la parte que interesa, solicitaba se ordenara resolver de manera inmediata la solicitud de sustitución pensional.

La Corte, luego de constatar el retardo injustificado en la resolución de la solicitud y la situación fáctica del accionante y, teniendo en cuenta que al momento de fallo la entidad ya había resuelto la petición, ordenó proteger el derecho a la seguridad social del anciano por vulneración a su mínimo vital y

daño al que está expuesta la persona, que podrían prevalecer sobre las razones para el reconocimiento definitivo del derecho social fundamental. *Ibíd.*, p. 168.

¹⁷⁷ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

condenó a la accionada a pagarle una indemnización por los perjuicios ocasionados con la mora en el otorgamiento de la pensión sustitutiva. Los argumentos básicos de la Corte fueron los siguientes:

“Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario- es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.

“El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (art. 46 inc. 2 de la C.P.), adquiere carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (art. 11 de la C.N.), la dignidad humana (art. 1 de la C.N.), la integridad física y moral (art. 12 de la C.N.), o el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.N) de las personas de la tercera edad (art. 46 de la C.N.)”.

*“En efecto, el petente, anciano de sesenta y nueve años, sin empleo ni entradas económicas fijas, confiado a la protección de su hija y sin recursos para atender las más elementales necesidades, fundaba todas sus expectativas vitales en el reconocimiento de su derecho a la seguridad social. (...) Es claro en este caso que el reconocimiento de su derecho a la seguridad social era concebido como **derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital**” (negritas fuera de texto).*

Un segundo fallo en el mismo sentido que el anterior fue el correspondiente a la sentencia T-533 de 1992¹⁷⁸. Una persona de avanzada edad (63 años), en situación de indigencia, desprovisto de seguro médico y con un problema ocular por espacio de dos años que le había impedido trabajar, señalando que su familia se encontraba en imposibilidad de ayudarlo, solicitó al Estado colombiano, a través de acción de tutela, la financiación de una operación para sus ojos, con el objeto de recuperar su vista y poder laborar de nuevo. La Corte, luego de verificar la situación de indigencia del accionante, protegió su derecho a la salud. Los fundamentos de la decisión que aquí interesan fueron los siguientes:

“Los derechos a la salud (art. 49 de la C.N.), a la seguridad social integral (art. 48 de la C.N.), y a la protección y asistencia a la tercera edad (art. 46 de la C.N), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (C.P. arts. 13 y 85), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia, en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva de su derecho al mínimo vital».

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

«Acreditado el carácter de indigente absoluto -(i) incapacidad absoluta de la persona de valerse por sus propios medios, ii. existencia de una necesidad vital cuya no satisfacción lesiona la dignidad humana en sumo grado; (iii) ausencia material del apoyo familiar – cabe reconocer

¹⁷⁸ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

en cabeza del sujeto y a cargo de la Entidad pública respectiva, el derecho a recibir la prestación correspondiente (...)».

Por último, un ejemplo reciente en el cual la Corte Constitucional reitera y mantiene la línea jurisprudencial de reconocimiento de la posición jurídica de un individuo al derecho social fundamental al mínimo vital, puede verse en la sentencia T-066 de 2010¹⁷⁹. A esta dio lugar una acción de tutela presentada por un hombre de 83 años de edad, pensionado por una entidad del Estado por espacio de más de 25 años y a quien la prestación le había sido suspendida en forma sorpresiva, por encontrarse recibiendo otra remuneración de la misma naturaleza, también con cargo al Estado. El accionante solicitaba la protección de su derecho de defensa, debido proceso administrativo y mínimo vital.

La Corte, luego de establecer la ilegalidad de la revocatoria unilateral e imprevista del acto administrativo de reconocimiento de la pensión del actor, decidió proteger su derecho al debido proceso y al mínimo vital, ordenando restablecer y efectuarle el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir. Los argumentos de la Corte fueron los siguientes:

“El artículo 46 de la Constitución Política establece la obligación del Estado, de la sociedad y de la familia de concurrir a la protección y asistencia a las personas de la tercera edad, de tal manera que se les garantice el acceso a una vida digna, a la seguridad social, a un trato igualitario, y al pago oportuno de las mesadas pensionales, cuando tengan derecho a ello.

El derecho al pago oportuno de las pensiones está íntimamente ligado al derecho al mínimo vital. La consistente y uniforme jurisprudencia constitucional ha sido enfática en reconocer la

¹⁷⁹ M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

existencia de un derecho fundamental constitucional al mínimo vital en cabeza de las personas de la tercera edad, derivado de múltiples mandatos constitucionales, entre ellos, los derechos a la vida digna (art. 11, C.P.), a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la seguridad social integral (art. 48, C.P.) y a la salud (art. 49, C.P.). Así, por ejemplo, en la sentencia T-458 de 1997, se explicó:

El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población.

En particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve,

necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos (C.P., artículos 1º, 13, 46 y 48”.

Respecto de la afirmación de la Entidad contra la cual se dirigió la acción de tutela, según la cual, el accionante no le estaba siendo vulnerado su derecho al mínimo vital en cuanto se encontraba percibiendo la pensión que justamente había generado la duplicidad con la prestación suspendida, equivalente a poco más de un salario mínimo, la Corte sostuvo:

“Esto permite presumir que sobre estos ingresos -la mesada pensional suspendida y la que se continúa recibiendo- gira el modo de vida del peticionario y de su núcleo familiar, siendo apenas obvio que al dejar de percibir de manera intempestiva la primera de las mesadas señaladas, su calidad de vida y su mínimo vital se hayan visto seriamente comprometidos, razón por la que no es de recibo para la Sala lo argumentado por el ente demandado respecto a que el mínimo vital del accionante no se ve afectado” (aclaración fuera de texto).

“ [L]a efectiva protección del derecho a la retribución mínima y vital, no se limita a garantizar, por vía de tutela, la cuantía que el legislador a definido como salario mínimo, pues ésta solamente implica la contraprestación menor aceptable por la jornada laboral, de acuerdo con la ley, la cual debe aumentar de acuerdo con la preparación y calificación del trabajador, pues de lo contrario se desconoce que el salario es la única fuente para satisfacer las necesidades personales y familiares que deben ser valoradas por el juez desde el punto de vista subjetivo, sin importar su monto” (Sentencia SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“ [S]e debe destacar las condiciones específicas en que se encuentra el peticionario, una persona de 83 años de edad quien sostiene

económicamente a su compañera permanente, de 66 años, que ha venido disfrutando de un ingreso considerable por encima de los dos millones de pesos y quien de repente lo ve reducido a menos de la mitad, afectándose visiblemente su nivel de vida. Estas circunstancias evidencian el estado de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor y su grupo familiar, e indudablemente hacen procedente la acción de tutela de manera definitiva”.

En este orden de ideas, las sentencias T-426 y T-533 de 1992 y T-066 de 2010, han reconocido y protegido los derechos sociales fundamentales a la seguridad social y a la salud, a partir de la configuración del *supuesto de hecho* en sus dimensiones formal y material (posición jurídica social fundamental al mínimo vital y situación de debilidad),.

Desde el punto de vista formal, el primero y el último de los fallos, con base, **no** en *un* principio determinado o en *un* enunciado normativo exclusivo de derecho fundamental, sino a través de interpretación sistemática de varios derechos y principios fundamentales, *entre ellos, los derechos a la vida digna (art. 11, C.P.), a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la dignidad humana (art. 1 de la C.N.), la integridad física y moral (art. 12 de la C.N), o el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.N) de las personas de la tercera edad (art. 46 de la C.N.),* reconocen la posición jurídica social fundamental al mínimo vital, y con base en esta, protegen el derecho a la seguridad social de los accionantes.

La posición jurídica al mínimo vital no deriva en estos casos, en efecto, de un precepto de la Constitución que lo consagre expresamente, que por demás ni siquiera existe, sino de la conjunción e interpretación armónica y finalista de los varios derechos y principios constitucionales vinculados en unas específicas circunstancias, que exigen una determinada situación fáctica acorde con el orden constitucional visto como un todo. Tal posición jurídica, correlativamente, es

reconocida y protegida, en cuanto la omisión de hacerlo significa el potencial menoscabo de los accionantes a la integridad física y moral, a la vida y a la dignidad humana y, por consiguiente, al sistema constitucional en cuanto tal.

Pero por otra parte, desde del punto de vista material, la Corte reconoce la posición jurídica de los actores y por tanto la protección de su derecho social fundamental, a través del mínimo vital, en tanto se trata de personas, que especialmente por el factor *edad* y la ausencia de otras fuentes económicas distintas a las provenientes de su seguridad social, se encuentran en circunstancias de debilidad y necesidad manifiesta, que por tanto generan una obligación de asistencia positiva fáctica por parte del Estado, con miras a equilibrar la situación de desigualdad real en la que se encuentran.

Finalmente, en la segunda de las sentencias presentadas, en forma similar al caso anterior, desde la perspectiva formal, la Corte Constitucional, a través de una interpretación conexa, sistemática y armónica del principio de Estado social (art. 1º de la C.P.), del mandato de asegurar un orden justo (art. 2º de la C.P.), del principio de igualdad real (art. 13 de la C.P.) y la protección especial debida por el Estado a las personas de la tercera edad, reforzada en casos de indigencia (seguridad social integral y subsidio alimentario) (art. 46 de la C.P.), reconoce a favor del anciano accionante una posición jurídica social fundamental al mínimo vital y, con base en ella, ordena la protección de su derecho social fundamental a la salud.

Del mismo modo que en las otras dos sentencias, la Corte aquí sostiene que el reconocimiento y protección de la posición jurídica en la que se encuentra el actor, viene determinada por las consecuencias que implica su omisión, vinculadas en este caso, con la “lesión de la dignidad humana en sumo grado” y por tanto a una ostensible contradicción con los principios y espíritu de la Constitución.

Por otra parte, desde el plano material, la posición jurídica del actor es reconocida y garantizada en virtud de la evidente situación de *necesidad* en que se encuentra debido a su edad y condición de indigencia, y ausencia de familiares en capacidad de ayudarlo, lo que se traduce en una razón para la exigencia al Estado de un trato desigual, a través de una prestación positiva del servicio de salud, en este caso a favor del accionante.

IV. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con el teórico italiano Luigi Ferrajoli, los derechos de libertad y de los derechos sociales introducidos en las Constituciones de los Estados constitucionales de derecho, en virtud de la rigidez constitucional, imponen límites y vínculos, prohibiciones y obligaciones, fundamentalmente al legislador, quien entonces debe abstenerse de violar los primeros y establecer la legislación de actuación de los segundos. Tales prohibiciones impuestas por los derechos fundamentales de libertad y las obligaciones provenientes de los derechos sociales fundamentales, constituyen lo que el autor ha denominado garantías jurídicas primarias de cada grupo de derechos.

Sin embargo, al lado de estas garantías jurídicas primarias, según el teórico, existen unas garantías secundarias o jurisdiccionales, tendientes a subsanar o anular los efectos de la violación de las primarias y que consisten en la invalidación o anulación de los actos violatorios de estas. En el caso de la vulneración de los derechos de libertad por normas de ley que los limiten o restrinjan indebidamente, las garantías jurídicas secundarias están dadas básicamente por la obligación del tribunal constitucional de expulsar la ley inconstitucional.

Sin embargo, cuando se trata de la ausencia de legislación de actuación de los derechos sociales, Ferrajoli solamente ha señalado que tal omisión supone una violación por omisión a los mismos y la introducción de una laguna técnica, que el mismo legislador se encuentra obligado a satisfacer. El autor, así, solo ha descrito el efecto de la inactividad del legislador en el plano teórico jurídico pero no ha ofrecido una verdadera garantía secundaria para subsanar la falta de legislación de actuación de los derechos sociales. A esta carencia estuvo vinculado el problema abordado en la presente investigación.

Partiendo en el nivel general de la teoría del garantismo del autor, el propósito del trabajo ha sido justamente explorar un modelo o mecanismo para remediar de algún modo la ausencia de normas de ley que dejan inactuados los derechos sociales fundamentales, con el cual dar proyección a la fuerza y valor jurídicos que, de acuerdo con Ferrajoli, ellos adquieren en el Estado constitucional de derecho.

Como se dijo, para Ferrajoli el efecto básico de la omisión del legislador respecto de los derechos sociales fundamentales consiste en la introducción de una laguna técnica en el ordenamiento jurídico, por falta de normas de ley que impiden la aplicación del derecho. Aquí, sin embargo, se ha intentado abandonar la consideración del efecto teórico jurídico para abordar el reflejo de tal efecto o la consecuencia más visible de tal omisión en el terreno práctico, consistente en la imposibilidad de satisfacción de los derechos sociales fundamentales para sus titulares. En este sentido, la solución fue buscada en el plano del derecho constitucional, en el ámbito de la teoría del control a las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas.

Dentro de esta, fueron presentados los tres modelos más importantes y consolidados para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas: el abstracto, el realizado a través de la resolución judicial de casos, relacionados con silencios del legislador, y al momento de la selección del derecho aplicable, y el operado por medio de la aplicación directa de la Constitución. Teniendo en cuenta el nivel empírico en que se planteó la búsqueda de la solución, las fortalezas y debilidad de los tres modelos fueron analizados a la luz de dos criterios: por una parte, su capacidad en el plano práctico y, por el otro, su compatibilidad con la estructura jurídica del Estado constitucional.

Luego del balance, el modelo que resultó más adecuado por ajustarse de una mejor manera a las dos mencionadas dimensiones de análisis fue el de

aplicación directa de las normas constitucionales inactuadas con la omisión. Sin embargo, la aplicación y puesta en práctica de este modelo -utilizado por la jurisprudencia constitucional comparada hasta el momento solamente para remediar la ausencia de normas de ley regulatorias del ejercicio de determinados derechos de libertad- para los casos de omisión de legislación de los derechos sociales fundamentales, planteó, vista la estructura jurídica de estos y, en particular, su carácter positivo o prestacional, el problema de cuándo ellos podían ser reconocidos o aplicados en forma directa.

En el último capítulo, se intentó dar respuesta a este interrogante con apoyo en el *supuesto de hecho* de los derechos sociales fundamentales, elaborado dentro del estudio más amplio sobre su justiciabilidad por el profesor Rodolfo Arango, y consistente en que el sujeto del derecho se encuentre en una posición jurídica social fundamental, aunada a una situación de necesidad o debilidad. En la última parte, tuvo lugar la presentación de tres fallos de la jurisprudencia constitucional colombiana, en los cuales, a partir de la constitución del mencionado supuesto de hecho en casos concretos, se protegieron directamente derechos sociales fundamentales por la Corte Constitucional.

En esta forma, se ha establecido en concreto, dado el carácter prestacional de los derechos sociales fundamentales, cuándo, de qué manera, pueden estos ser reconocidos y protegidos directamente por la justicia constitucional y, de este modo, las condiciones de aplicación del modelo de control constitucional de las omisiones del legislador por aplicación directa de la Constitución (como se constató, el más idóneo y adecuado dentro del Estado constitucional) a los eventos en que el silencio legislativo afecta la eficacia de aquellos.

Y así mismo, en el nivel empírico, se ha observado cómo la jurisprudencia constitucional colombiana, ha dado aplicación directa de derechos sociales fundamentales, generalmente desprovistos de legislación de actuación para su

inmediato cumplimiento, tales como el derecho a la salud y a la seguridad social, a través de la configuración de su supuesto de hecho en casos concretos, lo que muestra ya un uso implícito por la Corte constitucional de un control de las omisiones legislativas que afectan la eficacia de los mencionados derechos, a través de su aplicación o su reconocimiento y protección judicial directa.

Dicho lo anterior, puede afirmarse que se ha constatado la hipótesis de trabajo propuesta en esta investigación. Por un lado, se ha visto que las omisiones legislativas inconstitucionales absolutas del legislador, a que da lugar la ausencia de garantías jurídicas secundarias para la realización de los derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Ferrajoli, ocasionando como efecto más importante en la práctica la imposibilidad de satisfacción de tales derechos para sus titulares, solo pueden ser controladas por medio del modelo de aplicación directa de la Constitución. Y por el otro, se ha establecido que esta aplicación directa de la Constitución para el caso de los derechos sociales fundamentales, tiene lugar a través del reconocimiento y protección judicial directa de posiciones jurídicas sociales fundamentales, siempre que el sujeto que las aduzca se encuentre en situación de de necesidad o debilidad.

2. Una objeción podría ser articulada contra la coherencia metodológica de esta investigación. Esta consistiría en que partiendo Ferrajoli, según él lo ha dicho, de una teoría jurídica positivista¹⁸⁰, en general no podría llegarse a una salida para los problemas que dejan planteados sus tesis, a través de formulaciones fundadas en una perspectiva clásicamente opuesta como la de la teoría de la argumentación jurídica, defendida por Rodolfo Arango y adoptada en el último capítulo.

¹⁸⁰ No puede dejarse de reiterar que esto mismo ha sido objeto de discusión. Ver, de nuevo, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Op. Cit., pp.267-284.

Esta posible objeción se desvanece muy pronto si se hace una debida distinción de los ámbitos desde los cuales cada uno de los autores erige sus planteamientos aquí utilizados y, consiguientemente, observando que paradójicamente, lejos de ser contradictorias, estas dos posiciones resultan en alguna medida, y especialmente en el punto de cruce abordado en este trabajo, complementarias.

Ferrajoli, en efecto, se ha ocupado ante todo de desarrollar una teoría general del derecho y sus tesis aquí citadas, hacen parte del conjunto de conceptos teórico-jurídicos que la construyen, en el marco de la estructura del Estado constitucional de derecho, por lo cual los problemas interpretativos y cognoscitivos de los derechos subjetivos, no son en rigor de su competencia ni han sido tampoco de su interés¹⁸¹. En cambio, los planteamientos de Arango, por lo menos aquí citados, son erigidos desde el ámbito de la interpretación y argumentación jurídicas, es decir, en un plano por completo diferente, que impide la posibilidad de contradicción con los del primer autor. Adicionalmente, Ferrajoli ha destacado la enorme relevancia de la teoría de la argumentación jurídica y explícitamente de contribuciones como las de Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio¹⁸².

Desde otro punto de vista, Ferrajoli y Arango coinciden en subrayar el carácter plenamente jurídico y vinculante de los derechos sociales fundamentales en las actuales democracias constitucionales, y tesis del segundo autor como las presentadas en este trabajo, según se vio, llevan a la dimensión aplicativa y práctica las concepciones teóricas generales del primero sobre los derechos sociales fundamentales.

3. Por último, una aclaración es necesaria. En la presentación de la tesis de Ferrajoli, se estableció cómo para el teórico las *garantías jurídicas secundarias* de

¹⁸¹ JORI, Mario. Op. Cit., pp. 112-113.

¹⁸² GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. Cit., p. 170

los derechos sociales fundamentales, por oposición a las de los de libertad, ubicadas en el plano judicial, pese a cumplir el mismo papel de las garantías primarias, solo pueden provenir del legislador, por ser el único competente para satisfacer la laguna técnica originada con las omisiones de legislación de actuación de aquellos. Aquí se ha sostenido que el control de tales omisiones solo puede ser realizado a través del reconocimiento y protección *judicial* de posiciones jurídicas sociales fundamentales sustentadas por sujetos en situación de necesidad.

Sin embargo, debe señalarse que el modelo de control de las omisiones violatorias de los derechos sociales fundamentales defendido en esta investigación, no se propone ni sirve a los fines de satisfacer las mencionadas lagunas técnicas, posibilidad específicamente rechazada por esta investigación (modelo abstracto de control de las omisiones, con posibilidades legislativas), por lo cual no constituye una garantía secundaria de aquellos, en rigor. Como se indicó desde el principio de este trabajo, el propósito de la investigación consistió solo en formular un mecanismo ante todo destinado a contrarrestar los reflejos de tales lagunas en el terreno práctico, consistentes en la imposibilidad de satisfacción de los derechos sociales fundamentales para sus titulares.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA PORTALES, Rafael y ESPINO TAPIA, Diana Rocío. Fundamentos, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho. En: Revista telemática de filosofía del derecho. No. 10. 2006-2007. pp. 111-139.

AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. En: Revista Letras Jurídicas. No. 4. Jalisco: Universidad de Guadalajara. Primavera 2007. pp. 1-21.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 8 (Enero-Abril). 1991. pp.169-194.

AMEZCÚA. Luis. Omisiones legislativas en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores varios. Derecho constitucional. Memorias del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2004. pp. 945-950.

AÑÓN, María José. Derechos fundamentales y Estado constitucional. En: Revista Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Ceriol_ No. 40. Valencia. 2002. pp. 25-36.

ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y democracia. Madrid: Tecnos. 1990.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá D.C.: Temis y Universidad Nacional de Colombia. 2005.

ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 8. Universidad Nacional de Colombia. 1997. pp. 63-72.

ASTUDILLO, Cesar. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 297-380.

BACELLI, Luca. Derechos sin fundamento. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 197-213.

BÁEZ SILVA, Carlos. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 381-439.

BÁEZ SILVA, Carlos, CIENFUEGOS SALGADO, David. La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII. Procesos constitucionales orgánicos. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. 2008. pp. 605-623.

BAZÁN, Víctor. Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva. En: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores varios. Desafíos al control de constitucionalidad. Buenos Aires. Ciudad Argentina. 1996. pp. 171-269.

------. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. En: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores varios. Inconstitucionalidad por omisión. Bogotá D.C.: Temis. 1997. pp. 41-108.

------. La constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas. En: BIDART CAMPOS, Germán (coordinador) y autores varios. Economía, constitución y derechos sociales. Buenos Aires: Ediar. 1997. pp. 111-174.

------. Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas. En: Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional [en línea], Núm. 2. 2004 pp.189-209. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. [04/03/2010], disponible en <http://www.iidpc.org/revistas/2/>

------. La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2006. pp. 475-506.

------. El control de las omisiones inconstitucionales en la República Bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado. En: Revista Provincia. Núm. 16 (julio-diciembre). 2006. pp. 47-107

BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 37-61.

BELOCCI, Mario y PASSAGLIA, Paolo. La giurisprudenza costituzionali. En: CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale (quaderno predisposto in occasione della conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius 2-7 giugno 2008). Disponible en http://www.cortecostituzionale.it/informazione/studi_ricerche.asp

BIDART CAMPOS, Germán J. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión. En: Anuario Jurídico. Núm. VI. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1979. pp. 9-18.

BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. En: Revista Isonomía No. 16 (2002). México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 2002. pp. 21-38.

-----Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp.215-242.

-----Derechos, deberes y garantías. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 233-244.

BOVERO, Michelangelo. La filosofía política de Ferrajoli. En: GIAFORMAGGIO, Letizia (editora) y autores varios. Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá D.C.: Temis. 2008. pp. 409-417.

BULNES ALDUNATE, Luz. La inconstitucionalidad por omisión. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4. Núm. 1. 2006. p. 251-264.

CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. Coimbra: Almedina. 1993, citado por TAJADURA TEJADA, Javier. Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. p. 273.

CARBONELL, Miguel. Presentación. La inconstitucionalidad por omisión y los retos del Estado constitucional. En: CARBONELL, Miguel (coordinador). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. XXII-XIII.

CASHAL, Jesús María. La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003. pp. 33-82.

COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005.

CRISAFULLI, Vezio. Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale. Padova: Cedam. 1984.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio (Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales [réplica a Fernando Atria] En: Revista Doxa-Discusiones. No. 4. 2004.

----- . Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 319-338.

DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 9-17.

DE OTTO, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona: Ariel. 1997.

DERMIZAKY PEREDO, Pablo. La inconstitucionalidad por omisión. En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 6. 2002. pp. 66 y ss.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo. En: Revista española de derecho constitucional. Año. 21. Núm. 61 (enero-abril). 2001, pp. 81-130.

ETO CRUZ, Gerardo. Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión. En: VEGA GÓMEZ, Juan, CORSO SOSA, Edgar

(coordinadores) y autores varios. Instrumentos de tutela y justicia Constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002. pp. 165-185.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. En: BAZÁN, Víctor (coordinador). Inconstitucionalidad por omisión. Bogotá D.C.: Temis. 1997. pp. 123-151.

------. La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español. Madrid: Civitas. 1998.

------. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. En: Revista de estudios políticos (nueva época). Núm. 101. 1998. pp. 335-359.

------. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 7-13.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social. En: Boletín mexicano de derecho comparado. Núm. 83. 1995. pp. 563-597.

------. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? En: BAZÁN, Víctor (coordinador) y autores (varios). Inconstitucionalidad por omisión. Bogotá D.C.: Temis. 1997. pp. 7-37.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo – kelseniano. En: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Núm. 4. (julho-dezembro). São Paulo: Livraria Del Rey. 2004. pp. 143-208.

-----.. El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG». En: Revista Teoría y Realidad Constitucional. Núm. 22. 2008. pp. 93-135.

-----.. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. En: Revista Estudios constitucionales. Año 7. Núm. 2. 2009. pp. 13-69.

FERRAJOLI, Luigi. Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale. Milano, Giuffrè, 1970.

-----.. Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. En: Revista Doxa. No. 20. 1997. pp. 235-278.

-----.. Garantismo y Estado de derecho. En: El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2001. pp. 65-190.

-----.. La filosofía analítica y el paradigma constitucional de la ciencia jurídica. En: El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2001. pp. 21-64.

-----.. Derechos fundamentales. En: Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta. 2001. pp. 37-74.

FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali e democrazia costituzionale. En: Revista Analisi e Diritto. Año 2002-2003. Torino: Giappicheli. 2004, p. 331-350. Versión electrónica disponible en el sitio web del Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Estudios de Génova (Italia) <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/> (05.02.2010).

----- . Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En: Revista Isonomía. No. 19. 2003. México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 2003. pp. 227-240.

----- . La pragmatica della teoria del diritto. En: Revista Analisi e Diritto. Año 2002-2003. Torino: Giappicheli. 2004, p. 351-375. Versión en español por Jordi Ferrer (trad.). La pragmática de la teoría del derecho. En: FERRAJOLI, Luigi. Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 109-139.

----- . La semántica de la teoría del derecho. En: Epistemología Jurídica y Garantismo. . México D.F.: Fontamara. 2004. pp.17-74.

----- . La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley. En: Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 75-108.

----- . Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. En: Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 253-264.

----- . Juspositivismo crítico y democracia constitucional. En: Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 265-282.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y crítica del derecho. En: Epistemología jurídica y garantismo. México D.F.: Fontamara. 2004. pp. 283-299.

----- . Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 139-196.

----- . Los fundamentos de los derechos fundamentales. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 287-381.

----- . Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid: Trotta. 2005

----- .Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta. 2006.

----- . Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol 1. Teoria del diritto. Vol. 2. Teoria della democrazia. Roma: Bari-Laterza. 2007.

----- .Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y razón. En: GIAFORMAGGIO Letizia (editora) y autores (varios). Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá D.C.: Temis. 2008. pp. 476-545

----- . La democracia constitucional. En: CARBONELL, Miguel. (editor) y FERRAJOLI, Luigi (autor). Democracia y garantismo. Madrid: Trotta. 2008. pp. 25-41.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. En: CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Madrid. Trotta. 2008. pp. 102-109.

-----Garantías. En: CARBONELL, Miguel (editor). Democracia y garantismo. Madrid. Trotta. 2008. pp. 60-76

-----El paradigma normativo de la democracia constitucional. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Autores varios. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2009. pp. 15-42.

FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

-----Una defensa de la rigidez constitucional. En: Revista Doxa. No. 23. 2000. pp. 29-47.

GARCÍA, FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista Diritto e questioni pubbliche. No. 5. 2005. p. 163-179.

-----Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 267-284.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp.21-39.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional. Coimbra: Almedina. 1993., citado por BAZÁN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores varios. En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 75-270.

------. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora. 1993. p. 1049, citado por VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. McGraw-Hill. 1997. p. 188.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control. Madrid: McGraw Hill. 1997.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Núm. 107. 2003. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 481-504.

------. ¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 15. Núm. 43 (Enero-Abril). 1995. pp. 9-23

GREPPI, Andrea. Democracia como valor, como ideal y como método. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editor) y otros (autores). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. 2005. pp. 341-364.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa.1999.

-----Tres problemas para Luigi Ferrajoli. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 57-62.

-----Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 245-249.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La problemática de las sentencias normativas. En: Revista Estudios constitucionales. Año 2. Núm. 1. 2004. pp. 337-349.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Las omisiones legislativas y los derechos prestacionales. Disponible en <http://www.uned.ac.cr/redti/documentos/LAS%20OMISIONES%20LEGISLATIVAS%20Y%20LOS%20DERECHOS%20PRESTACIONALES.pdf>

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 59-75.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. La declaración de inconstitucionalidad de la ley. En: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier (editores). Estudios sobre jurisdicción constitucional. Madrid: McGraw-Hill.1998.

JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 105-137.

KELSEN, Hans. (Reine Rechtslehre (1960)). Traducción al español de Roberto J. Vernengo. Teoría pura del derecho. México D.F.: Porrúa (15ª ed.). 2007.

----- General theory of law and state (1945). Traducción al español de Eduardo García Máynez. Teoría general del derecho y del Estado. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (4ª reimpresión de la 2ª edición). 1988.

----- ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Civitas. 1995.

MARIETTI, Susana. Il diritto dimostrato *more geometrico*. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista Reset. No. 105. 2008. Roma. pp. 70-72.

MARMOL, José. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y otros (autores). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 365-401.

MODUGNO, Franco. Corte Costituzionale e potere legislativo. En: AAVV. Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia. 1982. p. 48, citado por BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. p. 56.

MIRANDA, Jorge. Derechos fundamentales y derecho electoral. CASANOVA, José Joaquín (traductor). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2005.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier. La inconstitucionalidad por omisión legislativa. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa. Cámara de Diputados. LX Legislatura. 2007.

MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. En: Revista Universitas. No. 3. 2006. pp. 3-39.

MORALES VELÁSQUEZ, Andrés. Derechos fundamentales y democracia en la filosofía del derecho de Luigi Ferrajoli. Reconstrucción de un debate y recientes desarrollos de Ferrajoli en *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia* (2007). En: MARQUARDT, Bernd (editor). Constitucionalismo comparado. Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. 2009. pp. 483-512.

MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 159-170.

MORTATI, Costantino. Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro i comportamenti del legislatore. En: Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti. Milano: Giuffrè. 1972. Vol. III. pp. 923 y ss.

NIETO, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucionales. En: Revista de Administración Pública. Vol. 1. Nos. 100 a 102. 1983.

PACHECO, Miguel Ángel. Garantismo y derechos sociales. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Constitucionalismo y garantismo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009. pp. 189-220.

PALOMBELLA, Gianluigi. Diritti fondamentali. Argomenti per una teoría. En: <http://lgxserver.uniba.it/lei/filpol/glp.htm> [consultado 19/05/2010].

PARODI, Giampaolo. Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale (seconda parte). En: Le nove voci del diritto. Disponible en <http://studiocelentano.it/lenuevovocideldiritto/testi/parodill.htm> [consultado 28/02/2010].

----- . La sentenza additiva a dispositivo generico. Torino: Giappicchelli. 1996.

PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons. 1994.

----- .Inconstitucionalidad por omisión. En: ARAGÓN, Manuel (coordinador.) Temas básicos de derecho constitucional. Madrid: Civitas. 2001. pp. 66-68.

PINTORE, ANNA. Derechos insaciables. DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 243-265.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 41-57.

----- .La teoría del derecho de *principia iuris*. En: MARCILLA, Gema (editora) y autores (varios). Autores varios. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2009. pp. 43-73.

POZZOLO, Susanna. Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 403-427.

QUISPE CORREA, Alfredo. ¿Inconstitucionalidad por omisión? En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4. No. 1. 2006. pp. 241-250.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. La acción de inconstitucional por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional. En: Revista Cuestiones Constitucionales. No. 18. 2008. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 201-226.

----- . El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII. Procesos constitucionales orgánicos. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. 2008. pp. 625-668.

RENTERÍA, Adrián. Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. En: Revista Isonomía. No. 19. 2003. pp. 241-266.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. En: Revista Doxa-Cuadernos de Filosofía del derecho. No. 22. 1999. pp. 349-353.

RODRÍGUEZ ARMAS, Magdalena Lorenzo. La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal

alemán y el tribunal constitucional español. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense. XL. 2007. pp. 181-194.

ROMBOLLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. En: Revista española de derecho constitucional. Año 16. Núm. 48. 1996. pp. 35-80.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. En: Revista española de de derecho constitucional. Año 8. Núm. 22.1988. pp. 9-51.

------. Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En: La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

RUEDA LEAL, Paul. Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 2. Núm. 1. 2004. pp. 323-335.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Constitucionalismo e democrazia. En: Revista Teoria Politica. XIX/2-3. 2003. pp. 73-108, citado por PAZÉ, Valentina. Luigi Ferrajoli, filósofo político. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. p. 149.

------. Validez y vigencia: un cruce de modelos en el modelo garantista. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 211-232

RUIZ MIGUEL, Carlos. Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión. En: Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional. Núm. 2. 2004. p. 159-177. También en Revista peruana de derecho constitucional nº 2. 2000. pp. 99-110.

SAGÜÉS, Néstor. Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por la omisión. En: VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar. (coordinadores). Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2002. pp. 609-618.

-----.. Las sentencias constitucionales exhortativas. En: Revista Estudios Constitucionales. Año 4. Núm. 2. 2006. pp. 189-202.

SALAZAR UGARTE, Pedro. Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. 2005. pp. 449-445.

SAMANIEGO SANTAMARÍA, Gerardo. La acción por omisión legislativa como medio de control constitucional en el Estado de Quintana Roo. En: GAMIZ PARRAL, Máximo, ASTUDILLO, Cesar, DE LOS SANTOS, Olivo, ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo (coordinadores) y autores (varios). Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2009. pp. 407-435.

-----.. Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE

LARREA, Arturo Zaldívar (coordinadores). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII. Procesos constitucionales orgánicos. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons. 2008. pp. 669-691.

SARTE ARIZA, Santiago. Más allá de una ciencia jurídica contemplativa. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores) y autores (varios). Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid. Trotta. 2005. pp. 285-292.

SURRIANO, Ramón y PISARELLO, Gerardo. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: Revista Isonomía. No. 9. México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México. 1998. pp. 187-188.

TAJADURA TEJADA, Javier. Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales. En: CARBONELL, Miguel (coordinador) y autores (varios). En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 271-295.

VECINA, Javier. El control por el tribunal constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad. En: Revista Derechos y libertades. Año nº 1. Núm. 2. 1993-1994. pp. 487-494.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: McGraw-Hill. 1997.

-----La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional. En: CARBONELL, Miguel (Coordinador) y autores varios. En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión.

México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 49-73.

VITALE, Ermanno. ¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 63-73.

----- . Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 267-285.

----- . Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. En: Revista Isonomía. No. 16. 2002. México D.F.: Instituto Autónomo Tecnológico de México.

WESSEL. Die Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde. En: Deutsches Verwaltungsblatt, cuaderno 6, 1952, citado por BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. En: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. pp. 54-55.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino. 1977.

ZOLO, Danilo. Propiedad, libertad e igualdad en la teoría de los «derechos fundamentales». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. En: DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (editores) y FERRAJOLI, Luigi y otros (autores).

Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2005. pp. 77-104.

Corte Constitucional colombiana. Sentencias:

T-473 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

T-543 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

SU-111 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-066 de 2010. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional Húngara <http://www.mkab.hu/index.php?id=introduction#e>