

Andrés Morales Velásquez\*

# Un modelo para el control de las omisiones legislativas, su aplicación en la jurisprudencia constitucional comparada y colombiana

*A model for the control of the legislative omissions, its application in the colombian and comparative constitutional jurisprudence*

Fecha de recepción: 19 de mayo de 2011

Fecha de aprobación: 11 de julio de 2011

289

## RESUMEN

Este artículo plantea que el rechazo al control de las omisiones legislativas se identifica con la utilización del modelo abstracto, generalmente practicado sobre las leyes, y sostiene que el esquema de aplicación directa de la Constitución es una alternativa que elude las dificultades de aquél y presenta ventajas teóricas y prácticas.

**Palabras claves:** omisiones legislativas, control constitucional abstracto, aplicación directa.

## ABSTRACT

This paper poses that the rejection to the control of the legislative omissions has to do with the use of the abstract model, usually practiced in relation to laws, and supports that the scheme of direct application of the Constitution is an alternative that avoids the difficulties of that and has theoretical and practices advantages.

**Keywords:** legislative omissions, abstract constitutional control, direct application.

\* Abogado, especialista y magister en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Filosofía del Derecho en la Università degli Studi di Genova, Génova (Italia). aamoralesv@unal.edu.co

## INTRODUCCIÓN

**C**on el advenimiento de las Constituciones rígidas<sup>1</sup>, el carácter vinculante de sus normas<sup>2</sup>, en especial de los derechos y principios, y las crecientes obligaciones prestacionales del Estado social<sup>3</sup>, se abre paso cada vez con más fuerza el debate sobre las omisiones legislativas y sus posibilidades de control jurídico. Teóricos del derecho como Luigi Ferrajoli han afirmado que en el marco del Estado constitucional el legislador se encuentra limitado por los derechos fundamentales de libertad pero también vinculado a dictar la legislación de actuación de los derechos sociales fundamentales y cuando no lo hace vulnera la constitución por omisión<sup>4</sup>.

El control a las omisiones del legislador ha sido presentado por la doctrina tradicional no solo como uno de los capítulos más difíciles de la tensión entre constitucionalismo y democracia<sup>5</sup> sino como aquel que acaso representa su escenario más extremo<sup>6</sup>, pues objeto de fiscalización serían además de las violaciones activas a la Constitución, ocasionadas a través de las leyes, las

290

<sup>1</sup> Ferreres Comella, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", en *Revista Doxa*, No. 23, Alicante, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, pp. 29-47; Ferrajoli, Luigi, "La pragmatica della teoria del diritto", en *Revista Analisi e Diritto*, año 2002-2003, Torino, Giappicheli, 2004, pp. 361 y ss.

<sup>2</sup> Guastini, Riccardo. *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, pp. 49-73.

<sup>3</sup> Fernández Segado, Javier, "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*, No. 83, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 563-628.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, "Diritti fondamentali e democrazia costituzionale", en *Revista Analisi e Diritto*, año 2002-2003, Torino, Giappicheli, 2004, pp. 331-350. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, p. 44. *La democracia constitucional*, en Carbonell, Miguel (ed), *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, p. 32. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 135.

<sup>5</sup> Bazán, Víctor, "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 2, Ciudad de Rosario, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004, p. 189.

<sup>6</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho comparado, El caso español*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, p. 35.

abstenciones, sus silencios, lo que, se dice, implicaría un juicio jurídico sobre la oportunidad política del parlamento para emitir las normas<sup>7</sup>.

Las objeciones a que también la inercia legislativa indeseable desde el punto de vista constitucional sea intervenida, re conducen en general a la clásica polémica sobre la ilegitimidad del tribunal constitucional para injerir en los actos del legislador democrático y en particular se identifican con el cuestionamiento al papel y alcance de su función de control jurídico y de protección de la supremacía de la Constitución<sup>8</sup>. Según los más fuertes opositores, la competencia para que dicho órgano judicial proceda de tal forma no estaría prevista casi en ninguna de las Constituciones de los países de la tradición continental, otorgar esta facultad convertiría al tribunal constitucional en legislador positivo, limitaría indebidamente la libertad de configuración legislativa, daría lugar a una intromisión políticamente costosa y quebrantaría el principio de división de poderes<sup>9</sup>.

Bien analizada la cuestión, puede detectarse que la recurrente resistencia a admitir un control constitucional a las omisiones del legislador se debe, sin embargo, no a la negación al carácter normativo de los preceptos del texto constitucional y a que la ausencia de normas de ley deja inactuados muchos de ellos, sino a que se contempla el abstracto como el único modelo para juzgar la pasividad del legislador. Las objeciones se dirigen indirectamente a que el procedimiento practicado para controlar la ley acusada genéricamente de inconstitucional sea extendido a la fiscalización de los silencios legislativos.

Es posible, en cambio, plantear otro esquema que obvie todas esas dificultades y ofrezca herramientas para contrarrestar los efectos de las omisiones legislativas particularmente sobre los derechos fundamentales. Este artículo sostiene como hipótesis de trabajo que frente a los problemas que presenta la fiscalización de la inercia del legislador a través del diseño abstracto, un modelo que opte por la aplicación directa de las normas superiores inactuadas con el silencio legislativo, representa la mejor alternativa a su virtual ineeficacia social. Éste mecanismo ofrece ventajas indudables porque, como es elemental, evita las objeciones del procedimiento abstracto, pero sobre todo porque tiene

<sup>7</sup> Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997, pp. 1-8.

<sup>8</sup> Ibíd., pp. 23-34.

<sup>9</sup> Algunas de estas críticas se ilustran en Tajadura Tejada, Javier, *Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales*, en Carbonell, Miguel (coor.), *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.

alcances prácticos evidentes y consulta la naturaleza y valor jurídico de las normas sobre derechos fundamentales en el Estado constitucional.

Consagraciones de este modelo, aunque con variantes, pueden rastrearse en varias Constituciones, un sector de la doctrina lo ha contemplado como opción adecuada para resolver el problema de control a las omisiones y también de él ha hecho uso en buena medida la jurisprudencia constitucional comparada. Por su parte, a pesar de que la Carta Política colombiana de 1991 no contempla expresamente ningún instrumento para el control al silencio legislativo, la Corte Constitucional ha hecho un trabajo importante en esta materia y, por vía de interpretación, ha aplicado el esquema que aquí se defiende.

En adelante se expone brevemente el contexto jurídico que lleva al planteamiento de las omisiones legislativas (1), se presentan los principales argumentos en contra de su fiscalización, como se dijo, dirigidos tácitamente al diseño abstracto (2), luego se ilustra a partir de algunos ordenamientos jurídicos y de casos juzgados por la jurisprudencia constitucional comparada el modelo de control a través de aplicación directa de las normas constitucionales cuyo desarrollo ha sido omitido y se sustenta porque resulta ser el mejor (3) y, por último, se muestra a través de dos fallos relevantes su aplicación por la Corte Constitucional colombiana (4).

292

## 1. EL PLANTEAMIENTO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

El debate sobre las omisiones legislativas parte de considerar las obligaciones del Estado de garantizar derechos constitucionales fundamentales, especialmente de contenido prestacional, y del carácter normativo o naturaleza jurídica que ellos adquieren en el marco del Estado constitucional.

Sabido es que el Estado social representó un giro radical con relación al viejo Estado liberal, desde el punto de vista político y, como consecuencia, jurídico<sup>10</sup>. Las transformaciones se verificaron a muchos niveles, sin embargo, por lo que aquí interesa, mientras que en el Estado liberal los derechos fueron concebidos como conquistas *frente* a las instituciones y basadas en prohibiciones, que protegían a los ciudadanos de intromisiones indebidas a sus libertades públicas, en el Estado social se incorporan a las Constituciones derechos vitales que comportan actuaciones positivas y requieren de la propia estructura

<sup>10</sup> Díaz, Elias, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Edicusa, 1979, pp. 95-177.

estatal para su realización; los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social<sup>11</sup>.

Los derechos liberales consistentes ante todo en abstenciones e instaurados para defender o conservar las condiciones pre-políticas de existencia frente a los abusos del poder<sup>12</sup>, contaron con una adecuada estructura institucional para su realización, que funcionó eficazmente y se ha mantenido a través del tiempo. Sin embargo, lo mismo no sucedió ni ha sucedido con los derechos que suponen prestaciones pues requieren sistemas más complejos de garantías y con frecuencia necesitan de *interpositio legislatoris*, es decir, de legislación de actuación o normas que los desarrollos y organicen administrativamente su satisfacción, lo que ha estado generalmente ausente<sup>13</sup>.

A nivel teórico jurídico, Luigi Ferrajoli ha sostenido que en el Estado constitucional que emerge decisivamente en occidente luego de la segunda guerra mundial<sup>14</sup>, caracterizado por textos constitucionales rígidos (cuya modificación solo es posible a través de procedimientos agravados) y el control jurídico de las leyes, las Cartas constitucionales preestablecen la forma de producción de las leyes pero también y sobre todo imponen una serie de límites y vínculos materiales al legislador que se traducen en prohibiciones de lesión de las libertades y obligaciones de establecer garantías para la satisfacción de los derechos sociales<sup>15</sup>. Cuando el legislador se extralimita y vulnera los

<sup>11</sup> Carbonell, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, en Carbonell, Miguel, Salazar, Pedro (Eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 179. Sobre el paso del Estado liberal al Estado social desde el punto de vista histórico ver Marquardt, Bernd, *Historia universal del Estado, desde la sociedad preindustrial hasta el Estado de la sociedad industrial*, Bogotá D. C., Universidad Nacional de Colombia, 2007, p. 429 y ss.; Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 419-420.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 862.

<sup>13</sup> Tajadura Tejada, Javier, *Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales*, op. cit., p. 287.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho*, en Ferrajoli Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México D.F., Fontamara, 2004. pp. 256-257.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del diritto e della democrazia, vol 1, Teoria del diritto*, Roma, Ed. Bari-Laterza, 2007, pp. 821 y ss; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 54; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (ed), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 342; *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 169-170; "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Revista Isonomía*, No. 16, Alicante, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002, p. 14, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, op. cit., pp. 860-863; *El paradigma normativo de la democracia constitucional*, en Marcilla, Gema (ed), *Constitucionalismo y*

derechos característicamente negativos, según el teórico, entra a operar una garantía de tipo jurisdiccional de eliminación de la ley contraria a la Constitución por parte del tribunal constitucional y en los eventos en que deja de establecer la legislación de actuación de los derechos sociales, se produce su violación por omisión o se configura omisión legislativa<sup>16</sup>.

Otros autores han afirmado también que la falta de legislación de actuación de los derechos fundamentales comporta una omisión fundamentalmente con base en argumentos similares tales como el carácter de norma jurídica de la Constitución, con poder vinculante hacia los poderes públicos y los ciudadanos<sup>17</sup>, y el principio de supremacía constitucional que, subrayan, impone a toda autoridad ajustar a los preceptos superiores los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones<sup>18</sup>, y no se limita a convertir a la norma básica en referente negativo, que no puede ser traspasado, tanto desde el punto de vista formal como material, sino que provoca que el cumplimiento del proyecto que los constituyentes reflejaron en su obra se extienda también a la obligación de llevar a cabo aquellas actuaciones positivas que se establecieron al recoger el conjunto de valores, ideas y convicciones que configuraban el particular *ethos* del pueblo<sup>19</sup>.

Omisiones legislativas cabe plantear en ausencia de leyes para la satisfacción de los derechos sociales pero también de todos aquellos que requieren actuaciones positivas del Estado o legislación de actuación, como cuando el mismo constituyente ha indicado que algunas libertades serán ejercidas en la forma que los establezca el legislador, de modo tal que sin el respectivo desarrollo legal, no pueden ser aplicadas. De esta manera, si debido a la

<sup>16</sup> *garantismo*, Bogotá D.C.; Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 26; *La democracia constitucional*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 30; Una perspectiva crítica a la rigidez constitucional como la entiende Ferrajoli puede verse en Guastini, Riccardo, *Rigidez Constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (ed), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 245-249.

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol I. Teoria del diritto*, op. cit., pp. 688-691; 698, 916-919, *Vol. 2. Teoria della democrazia*, p. 96. *Derechos fundamentales*. Op cit., pp. 188 y ss. *La semántica de la teoría del derecho*, en Ferrajoli Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, op. cit. pp. 58 y ss.

<sup>18</sup> Amezcuá, Luis, *Omisiones legislativas en México*, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Derecho constitucional, Memorias del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 946.

<sup>19</sup> Báez Silva, Carlos, *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, en Carbonell, Miguel (coor), *En busca de las normas ausentes. ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op., cit., p. 387.

<sup>19</sup> Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 138 y 142.

diversa estructura jurídica de los derechos o de las técnicas necesarias para su satisfacción, los silencios indebidos del legislador causan el mismo efecto vulneratorio y, en este sentido, son idénticos que las leyes que se extralimitan y los interfieren desde el punto de vista de sus efectos inconstitucionales, surge el cuestionamiento acerca de si de la misma manera que éstas son jurisdiccionalmente controladas, pueden serlo también las abstenciones del legislador. Las objeciones a esta posibilidad se presentan sintéticamente a continuación.

Debe aclararse previamente que según la clásica distinción establecida hace más de medio siglo por el magistrado del Tribunal Constitucional Alemán WESSEL, hay omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas. Las primeras se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento a un precepto constitucional, creando así una situación contraria a la Carta, y las segundas 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 constitucional<sup>20</sup>. La discusión más fuerte y que aquí se ha referencia, surge en el ámbito de las omisiones legislativas absolutas, pues las relativas resultan mucho menos problemáticas 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<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Wessel, *Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde*, en *Deutsches Verwaltungsbüll*, cuaderno 6, 1952, p. 164, 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.

<sup>21</sup> 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](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*, No. 61 (enero-abril), año 21, Madrid, 2001, pp. 81-130; Fernández Segado, Francisco, "El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG»", en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, No. 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*, No. 48, año 16 (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*, No. 2, año 1, 1993-1994, pp. 487-494; Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales

## 2. LA NEGACIÓN DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Quienes rechazan el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas se fundan especialmente en cuatro argumentos: la ausencia de normas expresas en los ordenamientos jurídicos que autoricen a realizarlo, la transformación del papel de legisladores negativos de los tribunales constitucionales en el control de las leyes, al de legisladores positivos en una eventual fiscalización practicada a las omisiones de ley; la vulneración a la libertad de configuración legislativa y la ruptura al principio de división de poderes.

En primer lugar, según esta postura, la inconstitucionalidad por omisión es una creación doctrinal que no tiene traducción en el derecho positivo. A excepción de la Constitución de Portugal, se sostiene que prácticamente en ninguna Carta Política constitucional hay disposición alguna que autorice a hablar de inconstitucionalidad por omisión, ni se contiene mecanismo de control alguno que permita sancionar la inactividad del legislador<sup>22</sup>.

Frente a opiniones que sostienen que la institución puede deducirse a través de interpretación de la Constitución, se responde con un típico argumento formalista según el cual, esta operación, realizada por los tribunales constitucionales, más que un acto de interpretación, lo que efectivamente representa es una creación constitucional, “cuya única justificación sólo puede encontrarse en la conversión tautológica y subrepticia de la Constitución, que obtiene su legitimidad del poder constituyente, en criterio definidor autónomo y apócrifo no sólo de su propia legitimidad, sino además de todas las legitimidades del sistema”<sup>23</sup>. Los jueces y tribunales del sistema continental-europeo, asegura Ruiz Miguel, sólo pueden hacer aquello para lo que tengan competencia y las competencias de cada órgano se fijan por el Derecho, concretamente por la ley; lo cual, según el autor, incluso toma más fuerza para el caso de los tribu-

exhortativas”, en *Revista Estudios Constitucionales*, No. 2, año 4, pp. 189-202; Rueda Leal, Paul, “Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*. No. 1, año 2, 2004, pp. 323-335.

<sup>22</sup> Pérez Royo, Javier, *Inconstitucionalidad por omisión*, en Aragón, Manuel (coor.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, 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 (coord), *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.

<sup>23</sup> Ruiz Miguel, Carlos, “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004, p. 167.

nales constitucionales, ya que, al tratarse de órganos límite, la “autolimitación” o “autorrestricción” en el ejercicio de sus poderes es aún más apremiante<sup>24</sup>.

En segundo lugar, los detractores del control jurídico de las omisiones legislativas, partiendo de que este supondría una fiscalización a una inactividad del legislador que, por ende, implicaría una manifestación positiva acerca de lo que debería ser la ley inexistente, sostienen que desde Kelsen la relación entre legislador y tribunales constitucionales, si bien, debido al poder otorgado a estos para anular las leyes, podría generar una pertenencia del órgano jurisdiccional al poder legislativo o una división de la facultad legislativa en dos sujetos: por un lado, el órgano legislativo stricto sensu que se dedica a la “formación” de la ley, y por el otro, el órgano encargado de su eventual “anulación”, con efectos de validez, en ambos casos, *erga omnes*<sup>25</sup>, en verdad al tribunal constitucional no le corresponde la función de legislador positivo sino de manera exclusiva la de legislador negativo, ya que en otro caso, quedarían subvertidos los principios de una Constitución libre (cuando ellos se hubiese hecho por disposición constitucional) y “el tribunal constitucional habría consumado un auténtico golpe de Estado (en el supuesto de que tal operación hubiese sido realizada sin apoyo en el texto constitucional)”<sup>26</sup>.

Se dice así que el tribunal constitucional no se ha concebido para imponer una interpretación propia de la Constitución sino para rechazar una interpretación ajena, lo cual explica la regulación constitucional y legislativa de instituciones como la sentencia de los procedimientos de inconstitucionalidad con todas sus características: publicación en el diario oficial, publicación de votos particulares, supresión de *vacatio legis*, inexistencia de recursos frente a la misma,

<sup>24</sup> Ibíd.

<sup>25</sup> “En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que esta crea normas generales mientras que aquella solo crea normas individuales. (Puede dejarse aquí de lado el hecho de que incluso esta distinción es de principio y, en particular, que el legislador-especialmente el Parlamento-puede dictar también normas individuales). Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de individualidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo”. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 37-38; Rentería, Adrián. “Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli”, en *Revista Isonomía*, No. 19, 2003, pp. 26 y ss.

<sup>26</sup> Ibíd., p. 165. Rentería, Adrián, *Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli*, op. Cit., p. 260; Eto Cruz, Gerardo, *Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión*. Op. Cit., p. 177.

plenos efectos erga omnes, subsistencia de la ley en la parte no afectada de inconstitucionalidad, nulidad de los preceptos impugnados declarados inconstitucionales, etc<sup>27</sup>.

En línea directa con este argumento, se aborda inmediatamente el tercero, relacionado con la supuesta infracción a la libertad de configuración legislativa causada por el control de las omisiones. El tribunal constitucional, según autores como Pérez Royo, no puede dar respuesta de manera positiva a las demandas de la sociedad que están detrás de la ley aprobada por el Parlamento, las cuales solo pueden ser atendidas en positivo por el órgano político democráticamente legitimado<sup>28</sup>. Esta autoridad, por otro lado, según el constitucionalista, no tiene ningún término ni límite temporal para el desarrollo de los mandatos de la Constitución, antes bien, se encuentra en una relación, ni siquiera de discrecionalidad, sino de la más absoluta libertad respecto de la adopción de las decisiones de tipo legislativo que estime oportunas, siendo en el uso de dicha libertad en el que en buena medida se expresa la acción de gobierno y de dirección política del país. Las dinámicas y los ritmos de estas, sostiene, solo pueden ser decididos en un Estado democrático, por órganos políticos elegidos por los ciudadanos en consultas periódicas libres y competidas<sup>29</sup>.

Por último, el rechazo al control constitucional de los silencios del legislador se sustenta, como correlato u otra cara de la moneda de la acusación de intervención en la libertad de configuración legislativa, en la idea más general de que el mismo ocasionaría un rompimiento al principio de división de poderes. Esto ocurriría, según Ruiz Miguel, por un defecto: aristocrático y antidemocrático. En cuanto la libertad de conformación del legislador, axioma del derecho constitucional moderno, tiene como objetivo evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático, cual es la tiranía de la mayoría, su anulación, comportaría una de dos consecuencias: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación

<sup>27</sup> Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995, pp. 658, 660, citado por Ruiz Miguel, Carlos, *Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 166.

<sup>28</sup> Pérez Royo, Javier, *Inconstitucionalidad por omisión*, en Aragón, Manuel (coor), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 66; Eto Cruz, Gerardo, *Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión*. Op. Cit., p. 176.

<sup>29</sup> Ibíd.

del principio aristocrático (que implicaría la supresión del Parlamento, pues bastaría con el Tribunal Constitucional)<sup>30</sup>.

De esta manera, se rechaza el control a los comportamientos políticos negativos del legislador con base en que en la mayoría de ordenamientos jurídicos no existen normas que autoricen al tribunal constitucional a realizarlo, en que comportaría el otorgamiento de facultades de legislador positivo a un órgano que solo está habilitado para rechazar las manifestaciones inconstitucionales del Parlamento, así mismo, en que coarta la libertad de conformación que le asiste al legislador democrático para elegir entre proyectos alternativos de sociedad y, además, desmantelaría la división de poderes.

Como puede observarse, estas críticas se dirigen a que el tribunal constitucional fiscalice la inacción del legislador del mismo modo que lo hace generalmente con las leyes. Los problemas que se ponen de presente parten en efecto de considerar la extensión del control abstracto, generalmente utilizado para juzgar la constitucionalidad de normas de ley, ahora a los silencios legislativos. Por control constitucional «abstracto» puede entenderse en forma elemental el nacido *ex jurisdicción* o desatado procesalmente a través del que, en países como España e Italia, se denomina recurso directo o en vía principal, que consiste en la acusación genérica de inconstitucionalidad de la ley en el marco del ordenamiento jurídico visto como un todo<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> «El principio de división de poderes es la más alta construcción del Derecho Público de los últimos siglos y constructos como el impugnado debieran ponderar más las consecuencias que producen sobre la misma. La pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático». Ruiz Miguel, Carlos, *Critica a la llamada inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 174. Cfr. Cashal, Jesús, «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, p. 40; Tajadura Tejada, Javier, *Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales*, p. 285; Eto Cruz, Gerardo, *Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión*. Op. Cit., p. 177; Rangel, Laura, *El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Lelo De Larrea, Arturo Zaldívar (coor), *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. 625-628.

<sup>31</sup> Otra forma de control constitucional es el que se origina dentro de un en el contexto de un proceso judicial en concreto, que esté conociendo un juez ordinario y en el cual el fin de la impugnación es determinar la constitucionalidad del fundamento jurídico del asunto a resolver judicialmente. Esta última modalidad de control es el promovido a través de lo que en los mismos Estados mencionados se denomina *vía indirecta o incidental*. Autores como Rubio Llorente opinan que, 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

Que el control a los comportamientos negativos del legislador a través del mismo procedimiento aplicado para declarar no conformes a la Constitución las leyes, exhiba dificultades no significa, no obstante, que deba negarse la posibilidad de que los efectos de los silencios del legislador, que no se niega están en contradicción con el carácter normativo de la Constitución, sean de algún modo conjurados. De lo problemático que resulta la aplicación del mecanismo abstracto para juzgar la constitucionalidad de las inacciones legislativas, no se deriva el rechazo a un control en sí de tales situaciones políticas con incidencia constitucional. Los límites de un procedimiento arbitrado para un fin no pueden negar el fin y la opción de buscar otro modo de alcanzarlo.

La fiscalización a la inercia del legislador puede ser planteada a través de otro modelo que aquí se defiende y que consiste en la aplicación directa de la Constitución y en específico de sus normas afectadas con la falta de legislación de desarrollo. Las consecuencias inconstitucionales de esa ausencia de leyes de actuación pueden así ser contrarrestadas haciéndole producir efectos a las normas superiores consagradas en la Carta, en las situaciones o casos concretos.

### 3. EL MODELO CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS SILENCIOS DEL LEGISLADOR A TRAVÉS DE APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Este diseño puede observarse a partir de algunos ordenamientos jurídicos, la literatura jurídica lo ha contemplado como alternativa para resolver las omisiones del legislador y también de él ha hecho uso en buena medida la jurisprudencia constitucional comparada.

En el nivel positivo, aunque textos constitucionales no lo digan en forma expresa, la doctrina ha entendido de manera más o menos unánime que consagran un mecanismo para el control de las omisiones de legislación de actuación de preceptos constitucionales y especialmente de los relacionados con derechos fundamentales<sup>32</sup>. El esquema a través de aplicación directa de las

tiene como objeto y análisis de constitucionalidad el puro enunciado de la ley, solo que 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. Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", *Revista española de derecho constitucional*, No. 2, año 8, Madrid, 1988, p. 26.

<sup>32</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coor), *Instrumentos de tutela*

normas violadas 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 3 que los derechos «serán plenamente justiciables», e inmediatamente después señala que «no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento».

La norma, 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 cláusula de los derechos innominados («la enumeración 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») indica 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 consagra 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 legislador<sup>33</sup>, que puede recono-

*y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p 609 y ss; Bazán, Víctor, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado*, op. cit., pp. 114 y ss.

<sup>33</sup> Ver Fernández Segado, Francisco, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Algunas cuestiones dogmáticas», en *Revista Estudios constitucionales*, No. 2, año 7,

cerse dentro del modelo de control de las omisiones por aplicación directa de la Constitución.

El artículo 5º inciso LXXI de la Constitución de Brasil incorpora el novedoso *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 satisfacción<sup>34</sup>. 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 protección<sup>35</sup>.

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 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, la literatura jurídica ha sostenido que las omisiones 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 pervivencia de la Constitución como norma suprema o «fuente de fuentes»<sup>36</sup>. Se ha dicho que de ese modo podría procederse, concretamente, cuando sea posible reemplazar el mandato dirigido al legislador mediante su «concretización», por parte del tribunal constitucional, dotando de eficacia inmediata al precepto constitucional<sup>37</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia comparada, se puede identificar un conjunto de fallos de algunos tribunales constitucionales, en asuntos relacionados con

<sup>34</sup> 2009, pp. 13-69.

<sup>35</sup> Fernández Rodriguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 288-289; Báez, Silva, Carlos, *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, en Carbonell, Miguel (coor), *En busca de las normas ausentes*, op. cit., pp. 404 y ss.

<sup>36</sup> 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 (coor), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá D.C., Temis, 1997, pp. 70-72.

<sup>37</sup> Bazán, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado. Op. cit., p. 83; Quispe Correa, Alfredo, «¿Inconstitucionalidad por omisión?», en *Revista Estudios Constitucionales*, No. 1, año 4, 2006, pp. 244-245.

<sup>38</sup> Ahumada Ruiz, María Ángeles, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, 1991, p. 178.

omisiones absolutas del legislador, resueltos a través de aplicación directa 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. El primero 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<sup>38</sup>. 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 contra las resoluciones administrativas militares que, en 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»<sup>39</sup>. Como consecuencia, el TC resolvió declarar que el recurrente tenía derecho a que

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional Español. Sentencia 15 de 1982.

<sup>39</sup> Fundamento jurídico No. 8.

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 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 al resolver 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<sup>40</sup>.

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 ejercicio<sup>41</sup>. 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 protegiera su derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación, en el modo instrumental de emitir a través de medios televisivos

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional Español. Sentencias 31, 47, 98, 240 y 307 de 1994, 12 de 1995 y 47 de 1996.

<sup>41</sup> Sentencia 12 de 1982.

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 comunicación<sup>42</sup>.

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 justicia ordinaria que las confirmaban, restableciendo en su integridad el derecho fundamental lesionado<sup>43</sup>.

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,

<sup>42</sup> «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).

<sup>43</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión*, en Bazán, Víctor (coor), *Inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 143-144.

no solo descartaban la posibilidad de obtenerla sino, incluso, la de presentar solicitudes en orden a tal propósito, lo cual implicaba en forma inmediata la negación del ejercicio de los derechos de expresión y comunicación. Esta conclusión, inadmisible 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 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 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 Constitución<sup>44</sup>. El problema, sin embargo, era que tal plazo para dictar la mencionada legislación de adecuación constitucional ya se había vencido sin que el poder 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 Fundamental<sup>45</sup>. El BVerfG, dando respuesta negativa a la pretensión del juez, ante transcurso del plazo pre establecido 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

<sup>44</sup> Fernández Segado, Francisco, *El control constitucional de las omisiones legislativas por el BVerfG*, op. cit., p. 101.

<sup>45</sup> Villaverde, Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., 46.

Fundamental y, como consecuencia, determinó su eficacia plena a través de su aplicabilidad directa en el caso juzgado y hacia el futuro<sup>46</sup>.

La segunda decisión del BVerfG, célebre y muy conocida sobre el tema, dictada en enero de 1963, está vinculada al derecho de igualdad 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. 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 anteriormente citada.

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 ese “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.

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

<sup>46</sup> 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*, No. XI, 2007, p. 185.

de igualdad entre ambos grupos, siendo esta una norma precisa, debía ser directamente aplicada.

Así las cosas, el control de los silencios absolutos del legislador, a través de la aplicación directa de las normas superiores inactuadas con la omisión, puede apreciarse en la forma de exigibilidad judicial o justiciabilidad 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 la jurisprudencia constitucional 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 su aplicación inmediata.

Este diseño de controlar la inercia legislativa 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 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.

## 308

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 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 los efectos ocasionados por su omisión, haciendo eficaces los preceptos de la Constitución, sin requerir una intervención normativa ulterior, absolutamente incierta 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. A continuación se ilustra, a través de algunos fallos, su utilización también por la Corte constitucional colombiana.

#### 4. **APLICACIÓN DIRECTA DE DERECHOS DESPROVISTOS DE LEGISLACIÓN DE GARANTÍA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

A pesar de que la Corte Constitucional se ha negado sistemáticamente a practicar un control abstracto de las omisiones absolutas del legislador<sup>47</sup> y solo lo ha aceptado en aquellos eventos que concurre una omisión relativa y con estricta sujeción a unos requisitos<sup>48</sup>, en la práctica ha remediado los efectos de aquellas por medio de la aplicación directa de los derechos afectados por

309

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias *c- 240 de 2009*, MP Mauricio González Cuervo, *C-509 de 2004*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, *C-185 de 2002*, MP Rodrigo Escobar Gil, *C-891A de 2006*, MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias, *C-690 de 1996*, M.P .Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, ver las sentencias *C-543 de 1996* MP Carlos Gaviria Díaz, *C-146 de 1998* MP Vladimiro Naranjo Mesa, *C-1255 de 2001* MP Rodrigo Uprimny Yepes, *C-041 de 2002*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, *C-185 de 2002* MP Rodrigo Escobar Gil. Las exigencias de procedencia de las acciones constitucionales por omisiones legislativas relativas de la Corte Constitucional son las siguientes: “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que el Legislador omitió tal obligación, sin que mediara motivo razonable a pesar de que reguló parcialmente la misma materia; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”, sentencia *C- 240 de 2009*, MP Mauricio González Cuervo. Ver los fallos *C-185 de 2002* MP Rodrigo Escobar Gil, *C-543 de 1996*, MP Carlos Gaviria Díaz, *C-427 de 2000* MP Vladimiro Naranjo Mesa, *C-185 de 2002* MP Rodrigo Escobar Gil, *C-1154 de 2005* MP Manuel José Cepeda Espinosa.

## 310

la inactividad del legislador. Con meros fines de ilustración pueden indicarse dos fallos representativos.

La primera decisión corresponde a la sentencia T-533 de 1992<sup>49</sup>. Una persona de avanzada edad (63 años), que se decía en situación de indigencia, desprovisto de seguro médico y con un problema ocular por espacio de dos años que le había impedido trabajar, afirmó que su familia se encontraba en imposibilidad de ayudarlo y solicitó al Estado, a través de acción de tutela, la financiación de una operación para sus ojos, con el objeto de recuperar su vista y poder de nuevo laborar.

La Corte señaló que la pobreza, sin duda alguna, atenta contra la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y que los indigentes son personas que carecen de recursos económicos mínimos para subsistir dignamente y se encuentran incapacitados para trabajar, debido a su edad o estado de salud y, además, las mas de las veces, no cuentan con una familia que les prodigue apoyo material y espiritual. Sostuvo que la Constitución consagra diversos mecanismos tendientes a garantizar a las personas en tal situación los servicios públicos básicos de salud (CP art. 49), seguridad social integral (CP arts. 46 y 48) y el subsidio alimentario (CP art. 46), por encontrarse dentro de la clase de grupos humanos que merecen especial protección, junto a los niños y a los disminuidos físicos y síquicos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional advirtió que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende directamente de las condiciones materiales de la sociedad y de su adecuada distribución y corresponde al legislador determinar la forma de su realización o satisfacción. En concreto, destacó que la progresiva ampliación del servicio público de la seguridad social a todos los habitantes del país que permitirá garantizarles una vida digna es responsabilidad del órgano de representación popular. Él, en principio, es la autoridad pública llamada a determinar la forma y la cobertura de su prestación, las maneras de hacerla efectiva, de modo que en ausencia de las normas de ley que la lleven a la práctica no es por regla general justiciable o judicialmente exigible.

Con todo, la Corte sostuvo que en casos excepcionales, en particular, cuando la marginalidad social y económica coloca a la persona en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), puede haber lugar a aplicación inmediata (CP art. 85) de la protección especial. En el evento en que se demuestre que

<sup>49</sup> Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-533/1992*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

Según la Corte, pese a que sean en principios programáticos y a que el legislador haya omitido desarrollar e indicar cómo habrán de ser garantizados, los derechos a la salud (CP art. 49), a la seguridad social integral (CP art. 48), y a la protección y asistencia a la tercera edad (CP art. 46), pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (CP 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.

La Corporación resolvió en el caso concreto que el juez de instancia debía a través de una audiencia constatar si el accionante tenía el carácter de indigente absoluto, si se encontraba en incapacidad de valerse por sus propios medios, no tenía ningún tipo de apoyo familiar y la insatisfacción de su necesidad vital lesionaría su dignidad humana en sumo grado, en cuyo caso surgiría el derecho a recibir la prestación en salud demandada, por ser merecedor del trato especial de que trata el inciso tercero del artículo trece la Constitución.

Una segunda sentencia en sentido similar al anterior fue la SU-225 de 1998<sup>50</sup>. Cuatrocientos dieciocho padres de familia de escasos recursos, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, entablaron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, por vulneración de los derechos fundamentales a la vida (C.P., artículo 11), a la salud (C.P., artículos 44 y 49) y a la seguridad social (C.P., artículo 48) de sus descendientes, al no suministrárseles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis *Meningococcica* y meningitis por *Haemophilus Influenzae*, que tienen efectos letales o secuelas graves como sordera, trastornos del lenguaje, retardo mental y trastornos del comportamiento, virus a los cuales los niños se encontraban expuestos por permanecer la mayor parte del día en hogares comunitarios de bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en condiciones de hacinamiento, lo que favorecía la propagación del agente de riesgo.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, *sentencia SU-225/1998*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Corte Constitucional afirmó que, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. También la protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y, a fin de que los derechos mencionados no excluyan otros que, pese a no ser fundamentales, resultan de la mayor importancia para el adecuado desarrollo del niño, los demás consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Sostuvo que el catálogo contenido en el artículo 44 de la Carta no es homogéneo desde el punto de vista de la naturaleza sustancial de los derechos que lo integran en cuanto algunos como la vida, la integridad física y moral, la libertad y la igualdad formal de los menores son de libertad en tanto otros como la protección de la igualdad sustancial de los menores frente al resto de la comunidad, así como de los menores que se encuentran en condiciones de especial fragilidad respecto de otros que no lo están, suponen actuaciones positivas del Estado. Dicha estructura jurídica diferenciada, a juicio de la Corte, tiene incidencias en cuanto a la protección de cada clase de derechos pues mientras la aplicación directa de los primeros no ofrece, en general, ninguna resistencia, la de los segundos “plantea preguntas neurálgicas referidas a la naturaleza, contenido y alcance de los derechos en cuestión, o a las facultades del juez de tutela respecto de derechos fundamentales de carácter prestacional”.

La Corporación se cuestionó así si, siendo uno de los rasgos característicos de los derechos fundamentales la posibilidad de invocar judicialmente su protección sin necesidad de recurrir a una ley o a una decisión administrativa, incluso ante omisiones del legislador, el poder público está obligado a responder por la satisfacción de los derechos sociales fundamentales del menor, también positivos y, en tal sentido, si el juez constitucional puede ordenar garantizar un derecho constitucional de carácter prestacional, que tiene diversos alcances y cuya satisfacción implica erogaciones fiscales, en aquellos eventos en los que no existe ley o sus previsiones son claramente insuficientes.

La Corte se debatió, por un lado, entre la aplicación directa de tales derechos por ser fundamentales para los niños y, en principio, recaer en el juez constitucional la obligación de su protección inmediata, y por el otro, el respeto de que en un Estado democrático es el órgano de representación popular el

que establece la forma de garantizar aquellos derechos que tienen injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público, y se definió por una opción intermedia o que armoniza los dos extremos, con base en la tesis de la exigibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, que implica que, en ausencia de legislación que regula su satisfacción, deben ser protegidos por el juez constitucional en ese contenido básico.

De esta manera, planteó que los derechos fundamentales de carácter prestacional, en este caso de los niños, tienen dos partes: se componen de un núcleo esencial mínimo, que consiste en la satisfacción básica de lo requerido por el niño para su subsistencia, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela, y de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales.

Con base en lo anterior, sostuvo que, en ausencia de prescripción legislativa, el juez constitucional puede aplicar directamente el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta y que consiste en la satisfacción básica de lo requerido por el menor. Confirmó así el fallo de instancia que había ordenado disponer lo necesario para que los menores accionantes recibieran en forma gratuita las dosis o vacunas para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis.

## CONCLUSIONES

Las Constituciones rígidas de los actuales Estados constitucionales del derecho, el carácter normativo de sus preceptos, el principio de supremacía constitucional y la crecientes obligaciones del Estado de garantizar derechos que suponen obligaciones positivas, especialmente de prestación, plantean cada vez con más fuerza que el legislador viola el texto constitucional no solo cuando se extralimita y vulnera las libertades públicas sino también en aquellos casos en que deja de dictar las normas de actuación o de desarrollo, singularmente, de los derechos sociales fundamentales, lo que constituiría una omisión legislativa.

El debate no radica tanto, sin embargo, en aceptar que cuando el legislador calla y la Constitución ha ordenado actuar, ese silencio no querido por la Carta constituya una omisión. El problema surge cuando se afirma que así como las leyes que contravienen la Constitución son sometidas a control por el tribunal constitucional, esa inercia, que tiene el mismo efecto vulneratorio

sobre la eficacia de los derechos, debe ser objeto de fiscalización, pues se dice que ello implicaría juzgar también la oportunidad política del legislador para emitir las leyes, lo que parece excesivo e institucionalmente inadmisible. Los más férreos opositores al control constitucional de las omisiones del legislador aducen básicamente cuatro objeciones. En primer lugar, que la competencia para que el tribunal constitucional controle los silencios del legislador, a excepción del caso de Portugal, no está prevista en ninguna de las Constituciones de los países de la tradición continental, por lo tanto, otorgársela convertiría a dicho órgano en legislador positivo, limitaría indebidamente la libertad de configuración que le asiste al legislador en un sistema democrático y quebrantaría el principio de división de poderes.

La resistencia a que la inactividad del parlamento que incide en la eficacia de los derechos consagrados en la Constitución sea controlada, se identifica, si se observa bien, con el procedimiento a través del cual ha de efectuarse dicha fiscalización, aplicado generalmente para controlar la constitucionalidad de las leyes. Se ha sostenido aquí, en cambio, que de las dificultades que pueda presentar ese esquema para juzgar las omisiones del legislador, no se deriva que deba de plano rechazarse las posibilidades de control a la inercia legislativa y se defendió que dichos inconvenientes pueden ser evitados con un modelo de control a través de aplicación directa de la Constitución y, específicamente, de las normas inactuadas con el silencio del legislador.

**314**

Se mostró cómo algunos ordenamientos jurídicos han consagrado éste mecanismo a través de la cláusula de exigibilidad judicial o justiciabilidad directa de los derechos fundamentales, con esquemas tan particulares como el mandado de *injunção* brasileño y la jurisprudencia española y alemana, ofrecen algunos casos en los que 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 de dicho esquema.

En último lugar, se ilustró la aplicación del modelo que se defiende en la jurisprudencia constitucional colombiana a partir de dos sentencia en las cuales la Corte, pese a que advirtió que derechos sociales como la seguridad social integral de grupos desvalidos o en condiciones de debilidad manifiesta son en general programáticos y corresponde al legislador indicar la forma de su satisfacción, cuando esa legislación de desarrollo y actuación no ha sido emitida y la no garantización de tales prerrogativas ponen en peligro las condiciones de subsistencia y las condiciones de vida digna de una persona, deben ser

aplicados de manera directa en su contenido esencial y el juez constitucional ordenar su protección inmediata.

Se ha demostrado, de este modo, que un esquema de control constitucional de los silencios legislativos basado en la aplicación directa de la Constitución exhibe ventajas tanto prácticas como teóricas por encima del modelo abstracto. Elude las dificultades que a éste se le atribuyen pero, ante todo, actúa en forma inmediata e incide sobre la eficacia de los derechos fundamentales en juego, pues, aún es ausencia de normas de ley que regulen su ejercicio, pueden ser exigibles y el juez constitucional está en la obligación de garantizarlos, claro está, bajo determinadas circunstancias, lo que se traduce en un mecanismo de protección efectiva para quienes sufren las consecuencias de la inacción del legislador. Adicionalmente, este modelo no solo hace parte de una formulación ideal o simplemente teórico, con incierta posibilidad de aplicación, sino que tiene asiento en la jurisprudencia y práctica constitucionales.

Pero además, en cuanto aplica y hace eficaz directamente la Constitución y particularmente los principios sobre derechos fundamentales, acentúa 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 para resolver casos concretos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, María Ángeles. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, 1991, pp.169-194.
- Amezcúa, Luis. *Omisiones legislativas en México*, en Carbonell, Miguel (coordinador), *Derecho constitucional, Memorias del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Aragón Reyes, Manuel. *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Báez Silva, Carlos. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, en Carbonell, Miguel (coor), *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.
- 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 (coor), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá D.C., Ed. Temis, 1997.
- Bazán, Víctor. "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas", en *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 2, Ciudad de Rosario, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004, pp. 189-209.
- 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).
- Carbonell, Miguel. *La garantía de los derechos sociales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, en Carbonell, Miguel, Salazar, Pedro (Eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- Cashal, Jesús. "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.

- Crisafulli, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale. Vol. II (L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale)*, Padova, Cedam, 1984.
- Díaz, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Ed. Edicusa, 1979.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", en *Revista Española De Derecho Constitucional*, No. 61 (enero-abril), año 21, Madrid, 2001, pp. 81-130.
- Eto Cruz, Gerardo. *Una defensa constitucional. La acción de inconstitucionalidad por omisión*, en Vega Gómez, Juan, Corso Sosa, Edgar (coord), *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.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión*, en Bazán, Víctor (coor), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá D. C., Ed.Temis, 1997.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión, Teoría general, Derecho comparado, El caso español*, Madrid, Ed. Civitas, 1998.
- Fernández Segado, Francisco- "El control constitucional de las omisiones legislativas por el «BVerfG»", en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, No. 22, 2008. pp. 93-135.
- Fernández Segado, Francisco."El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, algunas cuestiones dogmáticas", en *Revista Estudios constitucionales*, No. 2, año 7, 2009. pp. 13-69.
- Fernández Segado, Javier. "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*, No. 83, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 563-628.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta. 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Revista Isonomía*, No. 16, Alicante, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002, pp. 1-20.

- Ferrajoli, Luigi. "Diritti fondamentali e democrazia costituzionale", en *Revista Analisi e Diritto*, año 2002-2003, Torino, Giappicheli, 2004, pp. 331-350.
- Ferrajoli, Luigi. "La pragmatica della teoria del diritto", en *Revista Analisi e Diritto*, año 2002-2003, Torino, Giappicheli, 2004, pp. 351-375.
- Ferrajoli, Luigi. *Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho*, en Ferrajoli Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México D.F., Fontamara, 2004, pp. 253-264.
- Ferrajoli, Luigi. *La semántica de la teoría del derecho*, en Ferrajoli Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México D.F., Fontamara, 2004, pp. 17-74.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (ed), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia Iuris, Teoría del diritto e della democrazia, vol 1. Teoria del diritto, vol. 2. Teoría della democrazia*. Roma, Ed. Bari-Laterza, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *La democracia constitucional*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *El paradigma normativo de la democracia constitucional*, en Marcilla, Gema (ed), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Ferrerres Comella, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional", en *Revista Doxa*, No. 23, Alicante, Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, pp. 29-47.
- Guastini, Riccardo. *Rigidez Constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (ed), *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- Guastini, Riccardo. *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Ed. Civitas, 1995.

- Marquardt, Bernd. *Historia universal del Estado, desde la sociedad preindustrial hasta el Estado de la sociedad industrial*, Bogotá D. C, Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995.
- Pérez Royo, Javier. *Inconstitucionalidad por omisión*, en Aragón, Manuel (coor), Temas básicos de derecho constitucional, Madrid, Civitas, 2001.
- Quispe Correa, Alfredo. “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, No. 1, año 4, 2006, pp. 241-250.
- Rangel, Laura. *El control de las omisiones legislativas en México, Una invitación a la reflexión*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Lelo De Larrea, Arturo Zaldívar (coor), *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.
- Rentería, Adrián. “Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli”, en *Revista Isonomía*, No. 19, 2003.
- 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*, No. XL, 2007, pp. 349-353.
- 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*, No. 48, año 16 (septiembre-diciembre), 1996, pp. 35-80.
- Rubio Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista española de derecho constitucional*, No. 2, año 8, Madrid, 1988, p. 9-51.
- Rueda Leal, Paul. “Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*. No. 1, año 2, 2004, pp. 323-335.
- Ruiz Miguel, Carlos, “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2004, p. 159-177.

Sagüés, Néstor Pedro. *Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coor), *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.

Sagüés, Néstor Pedro. "Las sentencias constitucionales exhortativas", en *Revista Estudios Constitucionales*, No 2, año 4, pp. 189-202

Tajadura Tejada, Javier. *Inconstitucionalidad por omisión y derechos sociales*, en Carbonell, Miguel (coor.), *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.

Vecina, Javier, "El control por el tribunal constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", en *Revista Derechos y libertades*, No. 2, año 1, 1993-1994, pp. 487-494.

Wessel, *Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, cuaderno 6, 1952, p. 164, 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.

Villaverde Menéndez, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, 1997.

Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. SENTENCIAS

12 y 15 de 1982

31, 47, 98, 240 y 307 de 1994

12 de 1995

47 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias:

*T-533/1992*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

*C-543 de 1996*, MP Carlos Gaviria Díaz

- C-690 de 1996*, M.P Alejandro Martínez Caballero
- C-146 de 1998*, MP Vladimiro Naranjo Mesa
- SU-225/1998*, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C-427 de 2000* MP Vladimiro Naranjo Mesa
- C-1255 de 2001*, MP Rodrigo Uprimny Yepes
- C-041 de 2002*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra
- C-185 de 2002*, MP Rodrigo Escobar Gil
- C-509 de 2004*, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- C-1154 de 2005*, MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- C-891A de 2006*, MP Rodrigo Escobar Gil
- C- 240 de 2009*, MP Mauricio González Cuervo