

**Publicado en:**

en *II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional. Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de Derecho*, Tribunal Constitucional, República Dominicana, Santo Domingo 2017, pp. 409-494

## **SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES\***

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*

Si algo ha caracterizado la evolución del constitucionalismo latinoamericano en sus doscientos años de historia, ha sido la progresiva incorporación y ampliación, en el texto de las Constituciones, de declaraciones de derechos fundamentales, cuyo contenido pasó, de la consagración de los iniciales derechos individuales y políticos del constitucionalismo del siglo XIX, a la consagración de los derechos sociales, económicos y ambientales del constitucionalismo del siglo XX; y además, el desarrollo, también progresivo, particularmente durante el siglo pasado, de medios judiciales puestos a disposición de las personas y de las colectividades para asegurar la efectiva vigencia y protección de los derechos declarados, mediante la atribución a los jueces de competencias para conocer y decidir acciones de amparo, de tutela o de protección constitucional,<sup>1</sup> además de las acciones y procesos para el control de constitucionalidad de las leyes y de las omisiones legislativas.<sup>2</sup>

Pero es evidente que este tipo de sistemas constitucionales con amplias declaraciones de derechos y mecanismos variados de control de constitucionalidad, como el que se evidencia en la mayoría de nuestros países de América Latina, no siempre se encuentra en el constitucionalismo contemporáneo, lo que sin embargo no ha impedido que los derechos fundamentales, y particularmente los derechos sociales, también hayan encontrado protección. En otras palabras, particularmente fuera del ámbito latinoamericano, si bien el Juez Constitucional no siempre ha tenido a su disposición declaraciones extensas de derechos y ni siquiera mecanismos específicos

---

\* Trabajo elaborado para el II Congreso Internacional "Los Derechos Económicos y Sociales y su Exigibilidad en el Estado Social y Democrático de Derecho," organizado por el **Tribunal Constitucional de la República Dominicana**, Santo Domingo, 26-29 de noviembre de 2014.

1 Véase en relación con nuestros trabajos sobre el amparo en el derecho comparado, :Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y libertades constitucionales. Una aproximación comparativa*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 1, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 1993, 138 pp.; también publicado en el libro *La protección jurídica del ciudadano*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Tomo 3, Editorial Civitas, Madrid 1993, pp. 2.695-2.740; *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos (Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2005; y Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of the Amparo Proceedings*. Cambridge University Press, New York 2009; *Leyes de Amparo de América Latina*, (Compilación y Estudio Preliminar), Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Instituto de Administración Pública del Estado de México, Poder Judicial del Estado de México, Academia de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, 2 vols. Guadalajara 2009.

2 Véase en relación con nuestros trabajos sobre la justicia constitucional en el derecho comparado Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; "La Justicia Constitucional en América Latina» en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133; y en *Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el próximo milenio*, *Memorias Congreso Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996, pp. 466-516; *Constitutional Courts As Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011; y *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

de protección como la acción de amparo para asegurar la justiciabilidad de los derechos sociales, ello no ha impedido que la mayoría de ellos hayan encontrado protección constitucional, aun cuando, sin duda, en forma variada según el activismo desarrollado por el juez constitucional.

Nuestra intención en estas notas es referirnos precisamente a las diversas experiencias en el derecho comparado de la protección o justiciabilidad específica de los derechos sociales, para lo cual analizaremos la situación actual en el derecho comparado estudiando: en *primer lugar*, los principios para la protección de los derechos sociales en sistemas como los latinoamericanos, con amplias declaraciones de derechos fundamentales; en *segundo lugar*, el tema de la protección de los derechos sociales en sistemas constitucionales con escuetas o insuficientes declaraciones constitucionales de derechos, haciendo especial énfasis en el valor de las cláusulas abiertas de derechos y en las mutaciones constitucionales efectuadas por el Juez Constitucional para asegurar su protección; en *tercer lugar*, la protección de los derechos sociales mediante el control de constitucionalidad de las leyes sin declarar su nulidad, superándose el binomio inconstitucionalidad/nulidad, particularmente mediante sentencias aditivas; en *cuarto lugar*, la protección de los derechos sociales mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, emitiendo instrucciones y directrices al legislador; en *quinto lugar*, la protección constitucional de los derechos sociales mediante el control de la constitucionalidad de las leyes, acompañando su declaratoria de nulidad, con el establecimiento de una legislación provisional establecida por el Juez Constitucional; en *sexto lugar*, el tema de la protección de los derechos sociales en América Latina, con particular referencia al derecho a la salud.

## **I. LA PROTECCIÓN Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA**

### ***1. Las amplias declaraciones de derechos fundamentales en América Latina y sus garantías judiciales: el ejemplo del régimen constitucional de la República Dominicana***

Entre las Constituciones más recientes de América latina está la Constitución de la república Dominicana que siguiendo la orientación del constitucionalismo contemporáneo de nuestros países, se caracteriza por tener en su articulado, no sólo por la extensa declaración de derechos fundamentales, sino la consagración por primera vez en el texto fundamental, de la acción de amparo, seguida del perfeccionamiento de los otros medios procesales de control de la constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a la declaración de derechos, la Constitución de 2010 trae una extensa declaración de derechos, agrupados en las diversas categorías de los derechos civiles y políticos (art. 37-49), los derechos económicos y sociales (arts. 50-54), los derechos culturales y deportivos (arts. 64-655), y los derechos colectivos y del medio ambiente (arts. 66-67). Entre ellos se destacan los derechos sociales, que es a los cuales quisiera referirme específicamente, y que en la Constitución se agrupan en los siguientes: los derechos de la familia (art. 55), entre ellos los derechos de protección del matrimonio, de los menores de edad (art. 56), de las personas de la tercera edad (art. 57), y de las personas con discapacidad (art. 58); el derecho a la vivienda (art. 59), el derecho a la seguridad social (art. 60), el derecho a la salud integral y a la protección de la salud (art. 61); el derecho al trabajo (art. 62); y el derecho a la educación (art. 63).

Pero además de declarar derechos, la Constitución de la República Dominicana específicamente “garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos” (art. 68); consagrando además el derecho de todas las personas, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso”(art. 69).

Entre esos mecanismos de tutela y protección, además del importante sistema de control de constitucionalidad de las leyes establecido en la República Dominicana, y de la acción de habeas corpus para la protección de la libertad y seguridad personal, por supuesto, se destaca la regulación en el artículo 72 de la Constitución, de la acción de amparo, estableciendo el derecho de toda persona:

“a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos.

Esta consagración amplia del amparo en la Constitución de la República Dominicana, sin duda, responde a las líneas de la institución del amparo conforme a lo dispuesto en el artículo 25 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de la obligación de los jueces de asegurar la protección de los derechos fundamentales de las persona, mediante un “recurso sencillo y rápido o mediante cualquier otro recurso efectivo,” contra los actos que los violen; previsión que además permite a los jueces poder ejercer el control de convencionalidad en relación con cualquier norma restrictiva del derecho, pues de la misma derivan lo que se podría considerar como los contornos fundamentales que debe tener la institución del amparo para la protección de los derechos fundamentales.<sup>3</sup> Esos contornos son:

En *primer* lugar, la idea de que el amparo es un derecho, precisamente el derecho a ser amparado, que se establece en la Convención Americana como un derecho fundamental<sup>4</sup> en sí mismo; y que en la Constitución de la República Dominicana además de regularse como el derecho a una acción de amparo (art. 72), para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, éstos también se pueden garantizar “a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos”(art’68); todo lo cual permite concebir el amparo como un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional de todas las personas a ser amparadas en sus derechos fundamentales y a obtener la tutela judicial efectiva de los mismos

En *segundo* lugar, debe destacarse que la Convención, como también sucede en la Constitución de 2010, regula un derecho a ser amparado como correspondiente a “toda persona” sin distinción de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales y jurídicas o morales; nacionales y extranjeras; hábiles y no hábiles; de derecho público y derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona en el sentido más universal.

En *tercer* lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección o la acción de amparo puede interponerse ante los tribunales competentes, de manera que no se trata de un solo y único tribunal competente, sino de una función que esencialmente es del Poder Judicial, como es precisamente el caso de la República Dominicana.

En *cuarto* lugar, conforme a la Convención, y de acuerdo con la Constitución de 2010, este derecho a obtener la satisfacción de sus derechos, o a la tutela judicial efectiva de los mismos ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos fundamentales que estén declarados en la Constitución, o en la Convención Americana, lo que abarca, como lo indica el artículo 38 de la Constitución a los derechos fundamentales que son inherentes a la dignidad de la persona, incluyendo los derechos económicos y sociales.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, "El amparo en América Latina: La universalización del Régimen de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales", en *Ética y Jurisprudencia*, 1/2003, Enero-Diciembre, Universidad Valle del Momboy, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios Jurídicos "Cristóbal Mendoza", Valera, Estado Trujillo, 2004, pp. 9-34

<sup>4</sup> Véase en general, Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México 2003; y Héctor Fix-Zamudio and Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa, México 2006

<sup>5</sup> Véase en general Jesús María Casal, “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión,” en Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.), *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantes de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas. 2013; Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en

Además, en *quinto* lugar, la protección que regula la Convención, y además, la Constitución de 2010, es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación de cualquier autoridad que viole los derechos y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación que provenga del Estado y de sus autoridades.

Y en *séptimo* lugar, la protección que consagra la Convención y la Constitución de 2010 es también contra cualquier lesión o amenaza de lesión de los derechos fundamentales producida por cualquier acto u omisión, “de toda autoridad pública o de particulares,” razón por la cual no debería haber acto ni actuación pública alguna excluida del amparo, en cualquier forma, sea un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión

El anterior es en líneas generales el parámetro que establece la Convención Americana sobre el amparo, que se sigue en casi todos sus aspectos en la Constitución de la República Dominicana, regulándose un amplísimo régimen garantista que permite asegurar, sin duda, una amplia posibilidad de protección y justiciabilidad de los derechos sociales. Para el mismo, sin duda, la existencia de extensas declaraciones de derechos facilita la labor del juez constitucional para poder proceder de inmediato a asegurar su protección.

Ello se complementa, como se dijo, con el amplio sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes establecido en la Constitución de 2010, que combina la atribución de competencias al Tribunal Constitucional, creado “para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales” (art. 184), para ejercer tal control de constitucionalidad de los actos legislativos y otros actos estatales de ejecución directa de la Constitución (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas (art. 185,1), con potestad para anularlos cuando sean inconstitucionales; con la competencia de todos los tribunales para declarar dichos actos como inconstitucionales e inaplicarlos en los casos concretos que decidan (art. 188) cuando los consideren inconstitucionales.<sup>6</sup>

## ***2. La garantía del amparo constitucional como instrumento para la justiciabilidad de los derechos fundamentales en América Latinas***

La situación en América Latina para la garantía de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales, puede decirse que en general sigue la misma orientación antes mencionada relativa al régimen en la República Dominicana. Así, en general, en América Latina puede decirse que la labor del juez constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales, cuenta en general con una base sólida en virtud de las amplias declaraciones de los mismos que se han incorporado en las Constituciones, y adicionalmente, por la previsión en las mismas de precisos medios para la justiciabilidad de los derechos, particularmente mediante la acción de amparo, tutela o protección constitucional.

Sin embargo, debe mencionarse que si bien es cierto que en las formulaciones constitucionales, en la mayoría de los países todos los derechos declarados en las Constituciones, sin excepción, son susceptibles de protección mediante la acción de amparo, como sucede por ejemplo en la República Dominicana, en algunos países, como es el caso de Chile y Colombia, al menos en la fórmula constitucional, el alcance de la protección del amparo ha sido reducida a solo ciertos derechos constitucionales.

---

el constitucionalismo democrático latinoamericano,” en *Estudios Constitucionales*, N° 2, Santiago, 2009, pp. 143 ss.

<sup>6</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (2011),” en *Estudios Constitucionales*, No. 9, 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2011, pp. 303-338.

### ***A. El amparo y hábeas corpus para la protección de todos los derechos constitucionales***

En efecto, de acuerdo con la regla general, los derechos protegidos por la acción de amparo son los "derechos constitucionales," expresión que comprende, *primero*, los derechos expresamente declarados en la Constitución, cualquiera que sea la fórmula que se utilice; *segundo*, aquellos derechos que aun no siendo enumerados en las Constituciones son inherentes a los seres humanos o a la dignidad humana; y *tercero*, aquellos derechos enumerados en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

En palabras de las leyes de amparo de Argentina (art. 1) y de Uruguay (art. 72), la protección constitucional se refiere a los derechos y libertades "explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional," y que por tanto están declarados a lo largo del texto constitucional, como por ejemplo, también es el caso de Venezuela y de la República Dominicana.

Respecto de los derechos protegidos y a través de las cláusulas abiertas de los derechos constitucionales, como señalamos, casi todos los países latinoamericanos, con excepción de Cuba, Chile, México y Panamá, han admitido la protección constitucional respecto de los derechos y garantías constitucionales no expresamente enumerados en la Constitución pero que pueden ser considerados inherentes a los seres humanos; , enfatizando que la declaración o enunciación de derechos establecida en la Constitución no se entenderá como la negación de otros no establecidos ahí y que son inherentes al individuo o a su dignidad humana. Cláusulas de este tipo se encuentran en las constituciones de Argentina (art. 33), Bolivia (art. 33), Colombia (art. 94), Costa Rica (art. 74), Ecuador (art. 19), Guatemala (art. 44), Honduras (art. 63), Nicaragua (art. 46), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), Uruguay (art. 72) y también en Venezuela (art. 22).

Estas cláusulas abiertas han sido ampliamente aplicadas por los tribunales latinoamericanos, no quedando duda en relación con la posibilidad de que un derecho o garantía no enumerado sea protegido constitucionalmente; formula que como indicamos tiene su directo antecedente en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual, sin embargo, allí solo se ha aplicado en pocas ocasiones.

La Constitución de la República Dominicana es menos expresiva. Ya en la Constitución de 2002 lo único que se indicaba era que la enumeración constitucional de los derechos "no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza" (art. 74.1); y la de 2010, sólo hay una referencia indirecta al expresar, el artículo 38 de la Constitución, que "El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son *inherentes*;" de lo cual se deduce que hay derechos inherentes a la dignidad de la persona que para el caso de no estar enumerados expresamente también gozan de protección. La constitución de Ecuador, por ejemplo, se refiere a que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, "no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"(art. 11.7).

En otros casos, como la Constitución de Brasil, la cláusula abierta, sin referirse a los derechos inherentes de las personas humanas, indica que la enumeración de derechos y garantías en la Constitución, no excluye otros derechos derivados del régimen y principios establecidos por la Constitución o por los tratados internacionales en los cuales la República Federativa de Brasil sea parte" (art. 5.2). La Constitución de Costa Rica se refiere a esos derechos "que se deriven del principio cristiano de justicia social" (art. 74), una expresión que puede interpretarse en el sentido de la dignidad humana y justicia social.

En otras Constituciones, en vez de referirse a derechos inherente a los seres humanos, las cláusulas abiertas se refieren a la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno y, por consiguiente, más énfasis se hace respecto de los derechos políticos que a los derechos inherentes de las personas humanas. Este es el caso de Argentina, donde el artículo 33 de la Constitución establece que "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del

principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno." Disposiciones similares están contenidas en las constituciones de Bolivia (art. 55) y Uruguay (art. 72). En Perú (art. 3) y Honduras (art. 63) las constituciones se refieren a otros derechos de naturaleza análoga o que están fundamentados en la "dignidad del hombre o en la soberanía del pueblo, el imperio democrático de la ley y la forma republicana de gobierno."

En todos estos casos, la incorporación de cláusulas abiertas en la constitución respecto de los derechos humanos implica que la ausencia de regulaciones legales de dichos derechos no puede ser invocada para negar o menoscabar su ejercicio por el pueblo, como está expresado en muchas constituciones (Argentina, Bolivia, Paraguay, Venezuela y Ecuador).

Pero además de los derechos declarados en la Constitución y aquellos derivados de las cláusulas abiertas como inherentes a la persona o a la dignidad humana, los derechos declarados en los tratados internacionales pueden también ser protegidos mediante la acción de amparo. Esto está también expresamente previsto en muchos países donde los derechos declarados en tratados internacionales se les ha conferido rango constitucional, como es el caso de Venezuela (Constitución, art. 23). Asimismo en Costa Rica, por ejemplo, el artículo 48 de la Constitución es absolutamente claro cuando garantiza el derecho de toda persona a intentar acciones de amparo para mantener o restablecer el goce de todo otro derecho otorgado por esta Constitución así como de aquellos de naturaleza fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la república. En el mismo sentido está regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2.009 de Ecuador que establece en su artículo 1 que "esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional."

Por consiguiente, el alcance de la protección constitucional del amparo en América Latina en general es muy amplio. Esto ha provocado que en algunos países -a fin de determinar el alcance de la protección constitucional del amparo y habeas corpus- las leyes especiales que regulan el amparo tiendan a ser exhaustivas al enumerar los derechos a ser protegidos, como es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28.237 de 2.004) expresamente enumera e identifica cuales son los derechos a ser protegidos mediante el amparo y el habeas corpus. Respecto de éste último, una lista extensa está dispuesta en el artículo 25 de la ley, añadiendo que "también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio." Asimismo y respecto de la acción de amparo, el mismo código peruano de procedimiento constitucional incluye una larga lista de derechos (art. 37) a ser protegidos, incluyendo al final una referencia a todos "los demás que la Constitución reconoce", resolviendo los problemas que normalmente tiene la práctica de enumerar situaciones específicas en las leyes con el riesgo general de dejar asuntos por fuera.

La ley guatemalteca de amparo también tiende a agotar la enumeración de casos en que la acción de amparo puede intentarse<sup>7</sup>, añadiendo asimismo que su admisión se extiende a cualquier situación que presente un riesgo, amenaza, restricción o violación de los derechos reconocidos por "la Constitución y las leyes de la República de Guatemala", sea que la situación sea causada por entidades o personas de derecho público o privado.

En todos estos casos, cuando se enumeran sin limitación los derechos constitucionales a ser protegidos mediante las acciones de amparo y habeas corpus y si no hay riesgo de dejar fuera derechos constitucionales a ser considerados como protegidos, indudablemente estas leyes son importantes instrumentos para la ejecución judicial de los derechos y para la interpretación jurisprudencial sobre el alcance de los derechos a ser protegidos.

---

<sup>7</sup> Véase. Jorge Mario García La Guardia, "La Constitución y su defensa en Guatemala," en *La Constitución y su defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, pp. 717-719; y *La Constitución Guatemalteca de 1985*, México, 1992.

### ***B. El amparo y hábeas corpus para la protección de sólo algunos derechos constitucionales***

Aun cuando es verdad que el principio general es que solo los derechos constitucionales han de ser protegidos mediante el amparo y hábeas corpus, el hecho es que no todas las Constituciones latinoamericanas garantizan esa protección constitucional para todos los derechos constitucionales.

Como ya se mencionó y en contraste con el general sentido protector latinoamericano, en el caso de Chile y Colombia, la acción específica de tutela y de protección de los derechos y libertades constitucionales está solamente establecida en la constitución para proteger ciertos derechos y garantías. En estos casos, el alcance de la acción de amparo es uno restringido, el cual ha caracterizado, asimismo, los sistemas restrictivos seguidos en las constituciones alemana y española en relación con los recursos de amparo que están establecidos únicamente para la protección de los así llamados “derechos fundamentales.”

En Chile, aparte de la acción de hábeas corpus establecida para proteger a cualquier individuo contra arrestos inconstitucionales, detenciones y encarcelamiento; el recurso de protección está establecido sólo para garantizar algunos derechos constitucionales enumerados en el artículo 19, numerales 1, 2, 3 (párrafo 4o.), 4, 5, 6, 9 (párrafo final), 11, 12, 13, 15, 16 de la constitución y en el cuarto párrafo y numerales 19, 21, 22, 23, 24 y 25 de la misma constitución.

La lista asimismo se refiere principalmente a derechos civiles o individuales, también incluyendo algunos derechos sociales, como el derecho a elegir un sistema de salud pública, la libertad para enseñar y trabajar y de afiliarse a sindicatos laborales; algunos derechos a la libertad económica y de propiedad; y el derecho a tener un ambiente descontaminado.

Aparte de todos estos derechos y libertades constitucionales, los otros derechos consagrados en la constitución no tienen un medio específico de protección, estando su protección a cargo de los tribunales ordinarios a través de los procedimientos judiciales ordinarios.

En el caso de Colombia, además del hábeas corpus, la Constitución también establece la acción de *tutela*, en el artículo 86, para la protección inmediata de lo que se llaman “derechos constitucionales fundamentales.”

En efecto, el Título II de la Constitución se dedica a establecer “los derechos, garantías y deberes,” enumerándolos en tres capítulos: el Capítulo 1 contiene la lista de “derechos fundamentales;” el Capítulo 2 enumera los derechos sociales, económicos y culturales; y el Capítulo 3 se refiere a los derechos colectivos y al ambiente sano.

De esta declaración constitucional de derechos resulta que solamente los tal llamados “derechos fundamentales” enumerados en el Capítulo 1 (art. 11 a 41) son los derechos constitucionales que se pueden proteger por medio de la *acción de tutela*, y los demás quedan excluidos de ella, y protegidos sólo por los medios judiciales ordinarios.

Por otro lado, el artículo 85 de la Constitución también indica que entre “Estos ”derechos fundamentales,” los de “inmediata aplicación” son los protegidos por la acción de *tutela*. La lista también se refiere a los derechos civiles y políticos, y entre los derechos sociales, incluye la libertad de enseñanza. Otros derechos consagrados en otros artículos de la Constitución también se califican como derechos fundamentales, como los “derechos fundamentales” de los niños, enumerados en el artículo 44 sobre la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

Aparte de estos derechos constitucionales expresamente declarados como “derechos fundamentales,” los demás derechos constitucionales no tienen protección constitucional por medio de la acción de *tutela* y serán protegidos por medio del proceso judicial ordinario.

No obstante esta norma limitante, incluso si un derecho no está expresamente señalado en la Constitución como “fundamental,” la Corte Constitucional de Colombia, como supremo intérprete de la Constitución, ha reconocido tal carácter a otros derechos, extendiendo la protección de la *tutela* a derechos no definidos como “fundamentales,” pero considerados interdependientes con otros que tienen tal naturaleza, como el derecho a la vida.

Con respecto a esto, en una de sus primeras sentencias (n° T-02 del 8 de mayo de 1992) emitida en un caso sobre derechos educativos, la Corte Constitucional sentenció que el criterio principal para identificar "derechos fundamentales" es "determinar si son o no derechos esenciales de los seres humanos", tarea que siempre debe realizar el juez de *tutela*, quien debe comenzar su sentencia analizando los primeros noventa y cuatro artículos de la constitución, y si es necesario, aplicando la cláusula abierta sobre derechos humanos inherentes a las personas humanas.

Estos artículos, interpretados por la Corte Constitucional a la luz de la Convención Inter-Americana de Derechos Humanos, le permitieron inferir lo que se pueden considerar como derechos inalienables, inherentes y esenciales de los seres humanos, lo que hace que, de hecho, la lista de "derechos fundamentales" del Capítulo 1 del Título II de la constitución no sea exhaustiva de los "derechos fundamentales" y no excluya otros derechos de la posibilidad de ser considerados fundamentales y objetos de litigio por medio de la acción de *tutela*.<sup>8</sup>

Con la finalidad de identificar esos derechos fundamentales, la Corte Constitucional también ha aplicado el principio de "conexión" entre los derechos constitucionales, en particular sobre los derechos económicos, culturales y sociales, sentenciando que es posible aceptar la acción de *tutela* con respecto a esos derechos en casos en los que también haya ocurrido la violación de un derecho fundamental.

Por ejemplo, en la sentencia n° T-406 del 5 de junio de 1992, la Corte admitió una acción de *tutela* presentada en el caso de una inundación de un drenaje público, por la que el accionante reclamó la reivindicación del derecho a la salud pública, el derecho a un ambiente sano y a la salud de la población en general. Aunque la acción fue rechazada por el tribunal inferior al considerar que no estaban involucrados los derechos fundamentales, la Corte Constitucional la admitió al considerar que el derecho a un sistema de drenaje, en circunstancias en las que evidentemente quedaban afectados los derechos constitucionales fundamentales, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, o los derechos de los discapacitados, debía considerarse objeto de litigio por medio de la *tutela*.<sup>9</sup>

A través de este principio interpretativo de la conexión con los derechos fundamentales, de hecho los tribunales colombianos protegen casi todos los derechos constitucionales, incluso aquellos no enumerados como derechos fundamentales.

## **II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN SISTEMAS CON DECLARACIONES CONSTITUCIONALES ESCUETAS O INSUFICIENTES: LAS CLÁUSULAS ABIERTAS Y LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES**

Pero es evidente que no todos los países tienen textos constitucionales con extensas declaraciones de derechos fundamentales como ocurre en América latina. En muchos casos, en realidad, las declaraciones constitucionales de derechos son al contrario de contenido escueto o insuficiente, lo que sin embargo no ha impedido que la protección constitucional de los mismos se haya logrado mediante el activismo judicial desarrollado por el Juez Constitucional, por ejemplo, en la aplicación de cláusulas abiertas en las declaraciones de derechos que le han permitido descubrir aquellos inherentes a la persona humanas; o recurriendo mutaciones constitucionales basadas en la aplicación de los principio de progresividad o *pro homine*, y así poder asegurar la protección

### ***1. La importancia de las cláusulas abiertas en las declaraciones de derechos para la protección de los derechos sociales: el caso de los Estados Unidos de América***

Un sistema constitucional que contrasta sin duda con los sistemas latinoamericanos es el sistema de los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1789 y sus Enmiendas, no solo contienen una escueta declaración constitucional de derechos, sino que en la misma no existe

---

<sup>8</sup> Véase. sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992, en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, pp. 49-54.

<sup>9</sup> Véase sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, en *Idem*, pp. 55-63.



la previsión de una acción judicial específica para asegurar la protección de los mismos, como la acción de amparo, lo que ha obligado al necesario desarrollo de los mecanismos procesales generales de las *injunctio* para su aplicación al ámbito constitucional, habiendo sido por tanto la labor del juez constitucional, en muchos casos, más laboriosa y a veces lenta para asegurar la protección de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales.

Una pieza esencial para el desarrollo de esa labor, ante la escueta declaración de derechos se compensa con la previsión de la Enmienda IX, a la Constitución, incorporada en 1791, conforme a la cual:

“La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo.”<sup>10</sup>

Esta importante cláusula abierta de la declaración de derechos, que confirma el carácter declarativo y no constitutivo de la enumeración constitucional, le ha permitido al juez constitucional identificar y proteger derechos constitucionales no declarados expresamente en el texto constitucional, considerados como inherentes a la persona humana. Clausulas abiertas de este tipo, siguiendo el sentido de la Enmienda IX, como se precisa más adelante, se incorporaron posteriormente en casi todas las Constituciones de América Latina.

En todo caso, con este tipo de cláusulas, el listado de derechos constitucionales no se agota con los enumerados en el texto, sino que abarca todos aquellos inherentes a las personas y a la dignidad humana. Esta fue la orientación de la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Griswold v. Connecticut* decidido el 7 de junio de 1965 (381 U.S. 479; 85 S. Ct. 1678; 14 L. Ed. 2d 510; 1965), en el cual el Juez Goldberg, al expresar la opinión de la Corte en relación con la declaración de inconstitucionalidad de una Ley del Estado de Connecticut sobre Control de Natalidad, por considerar que la misma violaba el derecho a la privacidad en el matrimonio, indicó:

“La Enmienda IX muestra la convicción de los autores de la Constitución de que existen derechos fundamentales que no están expresamente enumerados en las primeras ocho Enmiendas y la intención de que la lista de derechos incluidos allí no debe tenerse como exhaustiva...”

Toda la estructura de la Constitución y de sus propósitos que claramente inspiran sus garantías específicas demuestra que los derechos a la privacidad marital y a casarse y levantar una familia son de un similar orden y magnitud que los derechos fundamentales específicamente protegidos. Aun cuando la Constitución no se refiere con muchas palabras respecto del derecho a la privacidad en el matrimonio, no puedo creer que la misma no ofrezca protección a esos derechos fundamentales. El hecho de que no haya una particular previsión en la Constitución que prohíba explícitamente al Estado el perturbar la relación tradicional de la familia – una relación tan vieja y fundamental como nuestra civilización entera - , con seguridad no implica que el Gobierno tenga el poder para ello. En cambio, como la Enmienda IX lo reconoce expresamente, hay derechos fundamentales personales como éste, que son protegidos frente restricciones por el Gobierno, aun cuando no esté mencionado específicamente en la Constitución.”

En otros casos, en los mismos Estados Unidos, otros derechos no expresamente regulados en la Constitución, como por ejemplo el derecho a la educación, sin embargo no han encontrado una aproximación garantista como la indicada, ni ha sido considerado como un derecho fundamental, salvo por la vía de garantizar la igualdad y no discriminación en el disfrute del derecho.

En efecto, ese fue el meollo del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 EE.UU. 483 (1954) con el cual puede decirse que en los Estados Unidos comenzó el proceso de mutación de la Constitución en materia de derechos fundamentales, particularmente teniendo en cuenta que la

---

<sup>10</sup> “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be constructed to deny or disparage others retained by the people.”.

Constitución de los Estados Unidos de 1789 y las primeras diez Enmiendas de 1791 no establecieron el principio de igualdad, y que la Enmienda XIV (1868) sólo estableció una cláusula de igualdad ante la ley, que hasta la década de 1950 tuvo un significado diferente.<sup>11</sup>

Este proceso convirtió a la Corte, como lo han afirmado Laurence Claus y Richard S. Kay en “el legislador más poderoso de la nación”<sup>12</sup>, habiendo utilizado para tal fin, viejos pero renovados medios de protección, particularmente las *injunctions* de equidad para garantizar la protección de derechos en uno de los desarrollos más notables en el derecho constitucional contemporáneo, que ha producido cambios que sólo años antes hubiera sido imposible imaginar. Esos medios judiciales de protección se comenzaron a utilizar ampliamente, precisamente en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, en el cual la Corte Suprema sostuvo que la segregación racial en la educación pública era una negación de la “protección igual ante las leyes,” y que en virtud de la Enmienda XIV, ningún Estado, dentro de su jurisdicción, podría negarla a persona alguna. Para adoptar su decisión, la Corte tuvo que responder a varios interrogantes que se formuló para comprobar si la segregación era inconstitucional, como por ejemplo, si la orden judicial que debía emitir debía ordenar que los niños afroamericanos “fueran inmediatamente admitidos en las escuelas de su propia elección; o si el juez, en el ejercicio de sus poderes para imponer la igualdad, debía “permitir un ajuste gradual efectivo” para lograr sistemas unitarios.<sup>13</sup> Con el tiempo, dichas aproximaciones llevaron a la Corte Suprema en mayo de 1954, a declarar la segregación racial como incompatible con la Enmienda XIV, dictando en mayo de 1955 la sentencia definitiva del caso, dos años y medio después de haber oído los alegatos iniciales.<sup>14</sup>

El resultado del proceso fue un cambio radical en relación con el tema de la discriminación en el sistema educativo, lo que a la vez fue básicamente un cambio en el propio significado de la Enmienda XIV, con respecto a lo cual el *Chief Justice* Warren de la Corte Suprema argumentó en el caso, que:

“Al abordar este problema no podemos retroceder a 1868 cuando se adoptó la Enmienda, o incluso a 1896, cuando el caso *Plessy v. Ferguson* fue escrito. Debemos tener en cuenta la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su actual lugar en la vida estadounidense en toda la Nación. Sólo de esta manera se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a estos demandantes de igualdad ante las leyes”.

Esta afirmación llevó al propio Warren a concluir entonces,

“Que en el ámbito de la educación pública la doctrina de “separados pero iguales” no tiene lugar. Instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales. Por lo tanto, sostenemos que los demandantes, y otros en situación similar a partir de quienes se han interpuesto las acciones, son por razón de la segregación por la cual interpusieron el reclamo, privados de la igualdad ante las leyes garantizada por la Enmienda Decimocuarta.”<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Enmienda XIV.1 (1868): “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.”

<sup>12</sup> Véase Laurence Claus & Richard S. Kay, “Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011 pp. 815 ss. Argumentan estos autores que eventualmente, “la ley de la libertad y de la igualdad en los Estados Unidos es ahora, en gran medida, y en última instancia, creada y formada por el Tribunal Supremo,” en *Idem*.

<sup>13</sup> *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). Véase en Laurence Claus & Richard S. Kay, *loc cit.* . *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Idem*.

Pero en contraste con la protección a sistema educativo basada en la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación que resultó del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, el derecho a la educación en sí mismo, como antes se dijo, no ha sido considerado en los Estados Unidos como un derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodriguez et al.*, de 1.973, decidió que la educación, si bien “es uno de los más importantes servicios prestados por el Estado” (como se declaró en *Brown v. Board of Education*), no está dentro de la limitada categoría de derechos reconocida por esta Corte como garantizada por la Constitución” Con base en ello, la Corte Suprema negó a dicho derecho la cualidad de "derecho fundamental", insistiendo que "la educación, no obstante su indiscutida importancia, no es un derecho al que se reconoce, explícita o implícitamente, protección por la constitución." <sup>16</sup>

Al resolver el caso, la Corte Suprema se refirió a otra decisión anterior emitida en el caso *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970), donde tratando otras materias de asistencia social pública, sentenció que:

"No es terreno de esta Corte el crear derechos constitucionales sustanciales a título de garantizar la igualdad de las leyes. De allí que la clave para descubrir si la educación es "fundamental" no se encontrará en comparaciones sobre la significación social relativa de la educación, con la subsistencia o la vivienda. Ni tampoco se encontrará al sopesar si la educación es tan importante como el derecho a moverse. Más bien, la respuesta yace en determinar si existe un derecho a la educación, explícita o implícitamente, garantizado por la Constitución." <sup>17</sup>

En apoyo del antes mencionado caso *San Antonio Independent School District et al. v. Rodriguez et al.*, la Corte también se refirió a otro caso - *Lindsay v. Normet*, 405 U.S. 56 (1972)- dictado solo un año antes y en el cual reiteró “que la importancia social no es el determinante crítico para sujetar la legislación estatal a examen estricto,” negando rango constitucional al derecho a tener una vivienda, disponiendo que sin denigrar de "la importancia de una vivienda decente, segura e higiénica," el hecho es que "la Constitución no dispone de medios judiciales para cada anomalía social o económica," siendo la materia de atribución legislativa y no judicial. <sup>18</sup>

Por consiguiente, el elemento clave para que los derechos humanos sean materia de protección constitucional - también en los Estados Unidos - es el rango o reconocimiento constitucional que tengan como derechos, independientemente de la posibilidad que sean además regulados por las leyes.

Esta es precisamente la situación general en América Latina, y en particular en la República Dominicana, donde como se dijo, la amplia declaración de derechos en la Constitución se acompaña con la regulación de la acción de amparo establecida específicamente para la protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, independientemente de si además están regulados en las leyes.

## **2. La protección constitucional de los derechos sociales mediante la interpretación constitucional y los casos de mutaciones constitucionales**

La protección de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales es los países donde no existen declaraciones constitucionales de derechos muy explícitas, también ha sido objeto de protección mediante la labor del juez constitucional, a través de diversas técnicas de interpretación constitucional.

La más destacada de ellas es la de las mutaciones de la Constitución, que sin cambiar las palabras y frases del texto fundamental, le ha permitido al juez constitucional “deducir” o “descubrir” el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales que no fueron expresamente

<sup>16</sup> 411 U.S. 1; 93 S. Ct. 1278; 36 L. Ed. 2d 16; (1973), del 21 de marzo de 1.973. En *Idem*.

<sup>17</sup> En *Idem*

<sup>18</sup> En *Idem*

incluidos en la declaración de la Constitución, ampliando así el alcance de sus disposiciones.<sup>19</sup> En este sentido, se puede decir que los Tribunales Constitucionales en materia de protección de los derechos fundamentales siempre han tenido una función adicional en comparación con el juez ordinario, que ha sido básicamente la de defender la Constitución y, en particular, los valores que le sirven de fundamento en un momento dado, y entre ellos, por ejemplo, los derechos fundamentales y los valores del Estado de derecho y de la democracia que son los que justifican el empleo de estas técnicas de interpretación al ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes.<sup>20</sup>

Es por esa razón que en materia de protección de los derechos fundamentales se considera como legítimo que los Tribunales Constitucionales, en su proceso de interpretación, tengan el deber de “adaptar” el texto de la Constitución, por ejemplo, a los valores presentes de la sociedad y de su sistema político, con el fin, precisamente, “de mantener viva la Constitución.”<sup>21</sup> Con ese fin, sin duda, los Tribunales Constitucionales, debido al hecho de que la Constitución no puede ser considerada como un documento estático, en muchos casos han desarrollado una actividad creativa con el fin de permitir su aplicación actual y efectiva, aun cuando su texto, por ejemplo haya podido haber sido escrito en el siglo XIX, para otra sociedad y sistema político, adaptándola así mediante el control de la constitucionalidad, a la evolución de las necesidades sociales y de las instituciones contemporáneas.

Incluso, en Constituciones más recientes, con declaraciones importantes de derechos fundamentales, muchas veces los mismos no están expresados en términos claros, sino que a veces están escritos de manera sintética, o de manera vaga e imprecisa, en disposiciones que se expresan generalmente en términos ambiguos, llenos de declaraciones de principios como libertad, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público.<sup>22</sup> Esto implica que en esos casos, los jueces también tengan que asumir un papel activo al interpretar lo que se ha llamado como “ambigüedades preciosas”<sup>23</sup>, o “generalidades majestuosas”<sup>24</sup> como las que a veces están en los textos constitucionales, incluso a veces expresadas en cláusulas programáticas.

---

<sup>19</sup> Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aun cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, “Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos,” en Eduardo Ferrer MacGregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, “Límites a la mutación constitucional,” en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

<sup>20</sup> Esto fue particularmente cierto, por ejemplo, en el proceso de transformación de los antiguos Estados Socialistas de Europa del Este, en los Estados democráticos que ahora existen, sometidos al Estado de Derecho. Véase, por ejemplo, Marek Safjan, “The Constitutional Court as Positive Legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 701 ss. En sentido similar ocurrió en Croacia y en Serbia. Véase en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, cit., pp. 407 ss; y 735 ss.

<sup>21</sup> Véase Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en *Revista de Estudios Políticos*, 13, Madrid 1980, p. 78; “‘The Mighty Problem’ of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” en *Southern California Law Review*, 1980, p. 409.

<sup>22</sup> Véase Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle” in Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Paris 1982, p. 474

<sup>23</sup> S.M. Hufstedles ha escrito que “Si bien es cierto que la precisión tiene un lugar de honor en la redacción de una decisión gubernamental, es mortal cuando se refiere a una Constitución que quiere ser un cuerpo vivo.” Véase S.M. Hufstedles, “In the Name of Justice”, in *Stanford Lawyers*, 14, (1), 1979, p. 3-4 citado por Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle,” en Louis Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Paris 1982, p. 474. Véase además, L. Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale*, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d'Uppsala 1984, (mineo), p. 32.

<sup>24</sup> Véase *W. Va. State Bd. Of Educ. V. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943), en Laurence Claus & Richard S. Kay, en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 815 ss.

En estos casos, ha sido el Juez Constitucional el llamado a darle contenido a las mismas, de manera de hacerlas operativas. Ello ocurrió, por ejemplo, en Polonia particularmente durante el período de transformación del Estado autoritario socialista en un Estado democrático de derecho, respecto del amplio catálogo de normas generales establecidas en la Constitución relacionadas por ejemplo con los derechos sociales y económicos, y la definición del sistema económico que debía desarrollarse conforme a la regla de la “economía social de mercado” (artículo 20 de la Constitución), habiéndole correspondido concretizarlas a la Corte Constitucional. Como lo dijo Marek Safjan, para que las mismas no “permanecieran como pura ideología o como decoro constitucional, expresando las “ilusiones” de los autores de la Constitución,” fue al Tribunal Constitucional al que le correspondió otorgar a las normas programáticas “un mínimo de contenido normativo,” ejerciendo una influencia cada vez más fuerte en la dirección de la política de Estado,<sup>25</sup> para lo cual tuvo que llenar estos conceptos, identificando y determinando sus límites, utilizando para ello los valores superiores incluidos en la Constitución; agregando que:

“Es característico de cada Constitución, emplear un gran número de “normas abiertas” con alcance normativo indefinido, que expresan valores jurídicos fundamentales, creando “la axiología de la Constitución;” por lo que la búsqueda de un contenido normativo escondido en las expresiones constitucionales generales indefinidas, al igual que la decodificación de otras normas - más precisas y concretas – que se deducen de ellas, estableciendo límites a la aplicación de las reglas y disponiendo una “jerarquía” especial entre las normas y valores en conflicto; está inscrito en la naturaleza de la interpretación de la Constitución y en relación con la esencia de la función de cada tribunal constitucional.”<sup>26</sup>

De allí, por tanto, este mecanismo de la mutación de la Constitución basado en el principio de la progresividad y en el principio *pro homine* para la protección de los derechos fundamentales, particularmente los de orden social, que los Tribunales Constitucionales han desplegado en los años recientes.

Como otro ejemplo de un proceso de esta naturaleza se puede mencionar el caso de la India, donde la Corte Suprema ha introducido importantes cambios en la Constitución, particularmente ampliando el alcance de los derechos fundamentales, partiendo de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución que regula el derecho a la vida, expresando que “Ninguna persona puede ser privada de su vida o su libertad personal, salvo de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley.” El Tribunal Supremo resolvió en 1970, revirtiendo una posición anterior, que la frase sobre “el procedimiento establecido por ley” contenido en la norma, significa un procedimiento que debía ser “correcto, justo y equitativo,” dándose a sí mismo la autoridad para juzgar si el procedimiento establecido por el legislador se ajustaba a los principios de la justicia natural,<sup>27</sup> lo cual es especialmente notable porque la Asamblea Constituyente, después de un largo debate, había rechazado expresamente la previsión de la cláusula del debido proceso.<sup>28</sup>

Esta aproximación de la Corte Suprema de la India ha tenido gran importancia porque por ejemplo, basándose precisamente en la declaración constitucional del derecho a la vida contenida en dicha norma, la Corte lo ha interpretado para incluir materialmente todos los derechos sociales,

---

<sup>25</sup> Véase en Marek Safjan, “The Constitutional Court as Positive Legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 701 ss. Véase acerca de las decisiones que han establecido el contenido normativo positivo de las llamadas normas programáticas, por ejemplo, en relación con el Fondo Nacional de Salud del 07 de enero 2004 K14703, OTK ZU 2004/1A/1; con la protección de los consumidores (biocombustibles) del 21 de abril 2004 K33/03, OTK ZU 2004/4A/31; con la protección de los juicios de los inquilinos del 12 de enero 2001P11/98, OTK ZU2000/1/3, y del 19 de abril del 2005, K 4/05, OTK ZU 2005/4A/37; y de la economía social de mercado del 29 de enero 2007 P5/05, 2007/1A/1. En *Idem*, pp. 701

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Véase el caso *Maneka Gandhi v Union of India* AIR 1879 SC 597. Véase en Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 587 ss.

<sup>28</sup> *Idem*.

como el derecho a la salud<sup>29</sup>, el derecho a la subsistencia<sup>30</sup>, el derecho a la educación gratuita y obligatoria hasta la edad de 14 años<sup>31</sup>, el derecho al medio ambiente no contaminado<sup>32</sup> y al agua potable<sup>33</sup>, el derecho a la vivienda<sup>34</sup>, el derecho a la privacidad<sup>35</sup>, el derecho a la asistencia jurídica<sup>36</sup>, el derecho a un juicio rápido<sup>37</sup>, y diversos derechos de personas condenadas o detenidas sometidas a juicio.<sup>38</sup> Esta extensión del significado de “vida” en tal declaración de derechos constitucionales, ha provocado, entre otras cosas, la posibilidad de conversión de lo que eran principios rectores de la política estatal no justiciables, en los derechos fundamentales. Como lo afirmó Surya Deva, el efecto de esta extensión judicial de los derechos fundamentales ha tenido una relación directa con el ámbito del poder de control de constitucionalidad: mientras más derechos fundamentales se reconozcan, más amplio será el alcance del poder de la revisión judicial.<sup>39</sup>

### III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, LA SUPERACIÓN DEL BINOMIO: INCONSTITUCIONALIDAD / ANULACIÓN, Y LAS SENTENCIAS ADITIVAS

Pero la protección de los derechos fundamentales, y en particular, de los derechos sociales también, por supuesto se ha venido garantizando mediante los clásicos medios de control de constitucionalidad de las leyes, aun cuando no siempre obedeciendo al clásico binomio *inconstitucionalidad / nulidad*,<sup>40</sup> que tradicionalmente los caracterizó, el cual en muchos casos se ha superado.

En efecto, el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes tradicionalmente se consideró como un mecanismo que ponía en juego la potestad del juez constitucional de someter las leyes a escrutinio constitucional, y en caso de encontrar que sus disposiciones eran inconstitucionales, para proceder a declarar su nulidad, eliminando la norma del ordenamiento jurídico. El método fue así concebido conforme al binomio: *inconstitucionalidad / nulidad*, de manera que la protección constitucional a los derechos fundamentales en este esquema provenía de la anulación de la ley considerada inconstitucional.

<sup>29</sup> Véase *Parmanand Kataria v Union of India* AIR 1989 SC 2039; *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v State of West Bengal* (1996) 4 SCC 37, en *Idem*.

<sup>30</sup> Véase *Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation* AIR 1986 SC 180; *DTC Corporation v DTC Mazdoor Congress* AIR 1991 SC 101, en *Idem*.

<sup>31</sup> Véase *Unni Krishnan v State of AP* (1993) 1 SCC 645, en *Idem*.

<sup>32</sup> Véase for example, *Indian Council for Enviro Legal Action v Union of India* (1996) 3 SCC 212; *M C Mehta v Union of India* (1996) 6 SCC 750; *Vellore Citizens Welfare Forum v Union of India* (1996) 5 SCC 647; *Narmada Bachao Andolan v Union of India* (2000) 10 SCC 664, en *Idem*.

<sup>33</sup> Véase *A P Pollution Control Board II v M V Nayudu* (2001) 2 SCC 62, en *Idem*.

<sup>34</sup> Véase *Gauri Shankar v Union of India* (1994) 6 SCC 349, en *Idem*.

<sup>35</sup> Véase *Kharak Singh v State of UP* AIR 1963 SC 1295; *Govind v State of MP* AIR 1975 SC 1378; *R Raj Gopal v State of Tamil Nadu* (1994) 6 SCC 632; *PUCL v Union of India* AIR 1997 SC 568; *'X' v Hospital Z* (1998) 8 SCC 296, en *Idem*.

<sup>36</sup> Véase *M H Hoskot v State of Maharashtra* AIR 1978 SC 1548; *Hussainara Khatoon v State of Bihar* AIR 1979 SC 1369; *Khatri v State of Bihar* AIR 1981 SC 928; *Suk Das v Union Territory of Arunachal Pradesh* AIR 1986 SC 991, en *Idem*.

<sup>37</sup> Véase *Hussainara Khatoon (I) to (VI) v Home Secretary, Bihar* (1980) 1 SCC 81; *Kadra Pahadiya v State of Bihar* AIR 1982 SC 1167; *Common Cause v Union of India* (1996) 4 SCC 33 y (1996) 6 SCC 775; *Rajdeo Sharma v State of Bihar* (1998) 7 SCC 507 y (1999) 7 SCC 604, en *Idem*.

<sup>38</sup> Véase *Sunil Batra v Delhi Administration* AIR 1978 SC 1675; *Prem Shankar v Delhi Administration* AIR 1980 SC 1535; *Munna v State of UP* AIR 1982 SC 806; *Sheela Barse v Union of India* AIR 1986 SC 1773, en *Idem*.

<sup>39</sup> En *Idem*.

<sup>40</sup> Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington, 2014, (mimeo), pp. 8ss.

Era la aproximación del “Legislador negativo” que Hans Kelsen había expresado a comienzos del siglo pasado.<sup>41</sup>

Este binomio, sin embargo, ha venido siendo superado en el constitucionalismo contemporáneo, y en muchos casos, el Juez Constitucional a pesar de que considera que una ley impugnada es inconstitucional, sin embargo no la anula, y en algunos casos, más bien procede a interpretarla conforme a la Constitución, dictando sentencias que agregan a la norma impugnada lo que le faltaba para estar ajustada a la Constitución.

En otros casos, el Juez Constitucional rompiendo también el binomio antes mencionado, cuando al ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, las declara como inconstitucionales pero sin anularlas, la interpreta fijándole al Legislador directrices para que proceda a adaptarlas a la Constitución.

En otros casos, en fin, el Juez Constitucional, si bien anula la ley que considera inconstitucional, además eliminarla del ordenamiento jurídico ha venido ejerciendo potestades adicionales para asegurar la protección de los derechos fundamentales, dándole instrucciones al legislador para que adecúe la legislación a lo decidido en la sentencia; y en otros casos, incluso, ha procedido a establecer en la propia sentencia de anulación una especie de “legislación provisional” aplicable mientras el Legislador emite la normativa correspondiente.

Durante las últimas décadas, y debido al creciente papel de los Tribunales Constitucionales, no sólo como garantes de la supremacía de la Constitución, sino como sus intérpretes supremos de la misma mediante decisiones con efectos vinculantes con respecto de los tribunales, los funcionarios públicos y los ciudadanos, superado el binomio *inconstitucionalidad / nulidad*, han venido ampliado progresivamente su rol, y en particular para la protección de los derechos fundamentales, han venido asumiendo un papel más activo interpretando la Constitución y las leyes con el fin, no sólo anularlas o desaplicarlas cuando sean consideradas inconstitucionales, sino para preservarlas, interpretándolas en armonía con la Constitución.

Esto ha hecho que los Tribunales Constitucionales consideren, que cuando una ley se pueda interpretar de acuerdo o en contra de la Constitución, debe hacerse todo lo posible para preservar su validez, optando por interpretarla de conformidad o en armonía con la Constitución, rechazando las interpretaciones que puedan dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de la ley. Este ha sido un principio clásico de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos, formulado por el juez Brandeis en el sentido que:

“Cuando la validez de una ley del Congreso es cuestionada, e incluso, cuando se planteen serias dudas sobre su constitucionalidad, es un principio fundamental el que esta Corte primero compruebe si una interpretación de la ley es relativamente posible para que su cuestionamiento pueda evitarse”.<sup>42</sup>

Este enfoque del control de constitucionalidad, seguido en casi todos los países en el mundo contemporáneo, responde al principio de conservación o preservación de la legislación (norma de conservación) cuando es emitida por los cuerpos representativos electos del Estado, cuyos actos legislativos están cubiertos por su presunción de constitucionalidad,<sup>43</sup> lo que ha dado lugar no

---

<sup>41</sup> Véase Hans Kelsen, “La garantie jurisdictionelle de la constitution (La justice constitutionnelle), en *Revue de droit public en France et à l'étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisrudence, Paris 1928, p. 197-257.

<sup>42</sup> Véase el caso *Ashwander v. TVA*, 297 EE.UU. 288, 346-48 (1936). El principio fue formulado por primera vez en *Crowell v. Benson*, 285 de Estados Unidos 22, 62 (1932). Véase “Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decisions,” *Columbia Law Review*, vol. 53, No. 5, Nueva York, May 1953, pp. 633-651.

<sup>43</sup> Esta presunción implica: 1) La protección de las leyes, así como de las funciones del legislador y su independencia; 2) En caso de duda, la inconstitucionalidad debe ser rechazada; 3) Si existen dos criterios sobre la interpretación de una ley, el que está en armonía con la Constitución debe ser escogido; 4) Cuando hay dos interpretaciones, una contraria a la Constitución y la otra de acuerdo a ella, ésta debe escogerse. Véase Iván Escobar Forns, *Las Sentencias Constitucionales y Sus Efectos en Nicaragua*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 105-106.

sólo a presumir pura y simplemente la validez de la legislación hasta que se adopte una decisión en contrario, sino la adopción por los tribunales constitucionales de decisiones de preservación de la norma interpretándola de acuerdo a la Constitución. Esto ha dado origen a la emisión por los mismos de las llamadas “sentencias interpretativas,” definidas por el Tribunal Constitucional de España, como las que rechazan una acción de inconstitucionalidad, declarando por tanto la constitucionalidad de la disposición legal impugnada, siempre y cuando sea interpretada en el sentido que el Tribunal Constitucional lo considere de acuerdo con la Constitución, o no sea interpretada en el sentido que se considere no conforme con la misma.<sup>44</sup>

Se trata, en definitiva, de una técnica de control de constitucionalidad que no invade las atribuciones del legislador, sino más bien lo ayudan a los efectos de preservar sus actos normativos, e incluso, evitar que se produzcan lagunas legislativas innecesarias derivadas de la declaración de la nulidad de las leyes<sup>45</sup>. En estos casos, los tribunales constitucionales se presentan como instituciones constitucionales en funciones de asistir y cooperar con el legislador en sus funciones legislativas, pero que no pueden asumir el rol de legisladores, por lo que como lo resumió el Tribunal Constitucional español en sentencia STC 235/2007 de 7 de noviembre de 2007, en estas decisiones interpretativas, primero, el Tribunal no puede ignorar o configurar un texto legal claro, ni reconstruir disposiciones contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción sea la norma constitucional; segundo, la interpretación conforme no puede ser *contra legem*, pues lo contrario implicaría desfigurar y manipular las disposiciones legales; y tercero, el tribunal constitucional no puede reconstruir una norma explícita en su provisión legal y, en consecuencia, no puede crear una nueva norma y asumir “la función de Legislador Positivo que institucionalmente no tiene.”<sup>46</sup>

Este rol de interpretación de la ley en armonía con la Constitución también lo han asumido los jueces constitucionales, no sólo al preservar la norma impugnada, sino incluso para declarar su inconstitucionalidad, pero sin anularla, llenando mediante “sentencias aditivas” el vacío que podría dejar, complementando así la función legislativa del Legislador, algunas veces estableciendo reglas provisionales mientras se dicta la nueva legislación, y otras creando nuevas normas legislativas, añadiendo a la impugnada lo que se considera que carece, para que esté en armonía con la Constitución.

Este tipo de sentencias aditivas y otras veces sustitutivas derivadas de la aceptación de inconstitucionalidad alegada, como lo ha explicado Gianpaolo Parodi, a pesar de dejar el texto de la disposición declarada inconstitucional inalterada, transforman su significado normativo, a veces reduciendo, en otras extendiendo el ámbito de aplicación, introduciendo incluso, especialmente en el segundo caso, una nueva norma en el ordenamiento jurídico, o “creando” nuevas normas.<sup>47</sup> En estos casos también se habla de “manipulativas,” mediante las cuales la Corte Constitucional lo que hace es alterar o manipular el significado *prima facie* de la disposición impugnada, la cual sin embargo, en el plano textual permanece inalterada.<sup>48</sup>

---

Véase también I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss

<sup>44</sup> Véase la decisión STC 5/1981 del 13 de febrero, FJ 6 Véase en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 67; y en José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, p. 129.

<sup>45</sup> Véase esta afirmación respecto a las práctica judicial italiana y Español en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 92; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española., cit., p. 5.

<sup>46</sup> Véase Francisco Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española., cit., p. 34.

<sup>47</sup> Véase Gianpaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as Positive Legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 603 ss.

<sup>48</sup> *Idem*.



El resultado final de estas sentencias, dictadas con frecuencia para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación<sup>49</sup>, es que con el tiempo transforman una disposición inconstitucional en una constitucional “añadiendo” a la norma lo que la falta, o incluso “sustituyendo” algo en la disposición. En otras palabras, a través de ellas, sin afectar la disposición impugnada, producen el efecto de extender o ampliar su contenido normativo, estableciendo que dicho contenido debe incluir algo que no está establecido expresamente en su texto<sup>50</sup>. Aunque estas decisiones, en cierto modo, cambian el alcance de las normas legislativas, independientemente de cualquier modificación de la redacción de dichas normas. Como lo ha indicado Joaquim de Sousa Ribeiro, “El fallo del Tribunal no pone una norma *ex nihilo*. Esas decisiones sólo formulan una solución impuesta por las disposiciones y principios de la Constitución mediante la extensión de una norma ya elegida por el legislador.”<sup>51</sup>”

Por supuesto, estas sentencias aditivas como lo ha expresado el Tribunal Constitucional italiano, no puede implicar una valoración discrecional respecto a la disposición impugnada, en el sentido de que el Tribunal Constitucional no puede intervenir en casos en los cuales de lo que se trata es de elegir entre una pluralidad de soluciones, todas admisibles, en cuyo caso la decisión discrecional sólo podría corresponder al legislador<sup>52</sup>. Además, dichas sentencias, por ejemplo, no pueden dictarse cuando se trate de materias que son de absoluta reserva legal, es decir que solo se pueden regular, exclusivamente por el Legislador, como son las cuestiones de orden penal.<sup>53</sup>

Estas sentencias aditivas han sido en todo caso frecuentes en materia de derechos sociales, particularmente relacionados con la seguridad social, y derivados de la garantía de igualdad y discriminación. Un ejemplo en España es la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en 1993 con respecto al beneficio de las pensiones de la seguridad social otorgadas a las “hijas y hermanas” del titular de la pensión de jubilación, que el Tribunal consideró inconstitucional por ser contrario a la garantía constitucional de la igualdad, al excluir del beneficio a los “hijos y hermanos” del titular de la pensión de jubilación, resultando de la sentencia la extensión de los beneficios también a estos último<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 183, 186, 203, 204, 274, 299, 300; José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 232 ff.; Joaquín Brage Camazano, “Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (Un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”),” in Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, Tomo I, México 2005, pp. 192 ss.; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721 ss.

<sup>50</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 28, 32, 33, 45, 97, 146, 165, 167, 292.

<sup>51</sup> Véase Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721 ss.

<sup>52</sup> Véase Decisiones No. 109 del 22 de Abril de 1986, y No. 125 del 27 de enero de 1988, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 273, nota 142; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 164-165.

<sup>53</sup> Véase Patricia Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: In Search of a Balance Between Rights Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 265 ss.; Iván Escobar Forns, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 110.

<sup>54</sup> See Decisión STC 3/1993, del 14 de enero de 1993, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española., cit., p. 42.

En el mismo sentido, se puede mencionar una decisión que el Tribunal Constitucional español de 1992 con respecto a la Ley Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 58,1 estableció que a la muerte del inquilino, su cónyuge podría subrogarse en sus derechos y deberes. El Tribunal consideró que la ausencia en la disposición de cualquier referencia a los que viven *more uxorio* de manera marital y estable con el arrendatario fallecido, era contraria al derecho de igualdad, y por lo tanto inconstitucional; lo que dio lugar a que la disposición también debía aplicarse a ellos<sup>55</sup>. En relación con estos casos, Francisco Fernández Segado, llegó a considerar al Tribunal Constitucional español como un “real legislador positivo.”<sup>56</sup>

En Portugal, en un sentido similar, las sentencias aditivas han sido emitidas por el Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de igualdad en materia de beneficios o protección de la seguridad social, en el sentido de que si una norma otorga beneficios a determinados grupos de personas, excluyendo u omitiendo a otros en violación de la cláusula de igual protección, esta exclusión u omisión se ha considerado inconstitucional. Con ello, el Tribunal ha permitido una solución igualitaria para el grupo excluido, como lo ha señalado Sousa Ribeiro al referirse a la Sentencia n.º 449/87 de 1987, con la cual el Tribunal declaró inconstitucional una norma que establecía diferentes indemnizaciones para el viudo y para la viuda, en caso de muerte causada por accidente de trabajo; indicando que la única solución que cumplía con la Constitución era la que concediera el mismo trato a ambos, manifestando que el beneficio concedido a la viuda debía extenderse al viudo.

Además, en la Sentencia n.º 359/91 de 1991, el Tribunal Constitucional consideró y resolvió una acción de inconstitucionalidad formulada por el Ombudsman contra las normas del Código Civil en relación con la transmisión de la posición del arrendatario en caso de divorcio, cuando se interpretaban como no aplicables a las *uniones de hecho*, incluso si la pareja en cuestión tenía hijos menores de edad. El Tribunal así, efectuó el control de la inconstitucionalidad por omisión, estableciendo en una declaración vinculante que esas normas debían aplicarse también, con las adaptaciones necesarias, a las *uniones de hecho* de parejas con hijos menores de edad.. Como resultado de la decisión de la Corte dichas normas del Código Civil en lo sucesivo se entendieron como incluyendo este tipo de *uniones de hecho*<sup>57</sup>. Según Sousa Ribeiro, estas decisiones pueden considerarse como decisiones aditivas, ya que su aplicación cambió el alcance de las normas legislativas, independientemente de cualquier modificación en la redacción de dichas normas.<sup>58</sup>

También en Grecia, con respecto a las violaciones del principio constitucional de igualdad por la exclusión inconstitucional de personas o grupos de un beneficio del Estado, o por el tratamiento preferencial de una persona o grupo a expensas de otro, los tribunales civiles, ejerciendo el método difuso de control de constitucionalidad, han extendido regularmente un régimen preferencial previsto en una legislación considerada inconstitucional para remediar la violación del principio de igualdad - sin importar si la legislación discriminatoria otorgaba un trato preferencial como regla general o excepcional<sup>59</sup>. Esto ocurrió, por ejemplo, con la sentencia del Consejo de Estado extendiendo el tratamiento preferencial en casos de discriminación de género establecida en la

---

<sup>55</sup> Véase Decisión STC 222/1992, del 11 de diciembre de, 1992, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 41.

<sup>56</sup> Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., cit., p. 48.

<sup>57</sup> Véase Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 721

<sup>58</sup> *Idem*, pp. 721.

<sup>59</sup> Véase, caso, Juicio Areios Pagos nos. 3/1990, Nov 1990, 1313 (1314); 7/1995 (Plenaria), *EErgD* 1996, 494 (495); 1578/2008, *EErgD* 2009, 180 ff., en Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, “Constitutional Courts as Poaitive Legislators” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 539 ss, nota 140.

legislación de seguridad social<sup>60</sup>. Por consiguiente, como afirma Julia Iliopoulos-Strangas y Stylianos-Ioannis G. Koutná, “en la ampliación de la aplicabilidad de legislación discriminatoria y por lo tanto inconstitucional, los tribunales griegos ejercen el poder legislativo en un sentido positivo<sup>61</sup>.”

De manera similar, en Sudáfrica, la Corte Constitucional, en relación con una ley de 1991 (reformada en 1996) que asigna al cónyuge de un extranjero en condición de residente permanente en el país el derecho a obtener automáticamente un permiso de residencia, la consideró discriminatoria e inconstitucional por no incluir a los extranjeros que se encontraban en una relación homosexual. Para ello, el Tribunal, complementó el texto incluyendo después de la palabra “cónyuge”, la frase “o pareja del mismo sexo en una situación estable.”<sup>62</sup>

En Canadá también es posible encontrar similares decisiones aditivas de control de constitucionalidad, también en materia de derecho de familia y con respecto al derecho de igualdad, basadas en los valores constitucionales, en las cuales el Tribunal ha interpretado o agregado palabras a la legislación para remediar un defecto constitucional. Un importante ejemplo de estas decisiones fue la emitida por el Tribunal Supremo en el caso *Vriend v. Alberta*, en el cual el Tribunal, aun considerando el Código de Derechos Humanos de Alberta como inconstitucional porque violaba los derechos de igualdad por no proteger a homosexuales y lesbianas ante la discriminación, el Tribunal decidió añadir o interpretar la disposición impugnada, al incluir la orientación sexual en los motivos prohibidos de discriminación, en lugar de anular toda la legislación<sup>63</sup>. Un uso similar de ejercicio de este poder de control fue la decisión de la Corte de Apelaciones de Ontario, de anular la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, sustituyéndola por un concepto neutro de género de una unión entre personas, para permitir así matrimonios del mismo sexo, considerando que las opiniones religiosas sobre el matrimonio no podían justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio civil.<sup>64</sup> Aunque dichos recursos no se han utilizado en forma rutinaria para resolver las cuestiones constitucionales, según Kent Roach, ello “equivale a modificaciones judiciales o adiciones a la legislación<sup>65</sup>.”

Se destaca igualmente en esta materia, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia al equiparar las parejas heterosexuales y homosexuales en materia de seguridad social para evitar el tratamiento jurídico diferenciado al considerar que no tenía fundamentado en alguna desigualdad que fuera constitucionalmente admisible.<sup>66</sup>

En materia de seguridad social, el Tribunal Constitucional de Croacia también ha desarrollado este tipo de decisiones aditivas, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la anulación, en 1998, de algunas disposiciones de la Ley de Ajuste de las Pensiones, en el cual la Corte consideró inconstitucional el hecho de que desde 1993, el Gobierno hubiera dejado de ajustar las pensiones de acuerdo con el aumento en la tasa de inflación y el costo de vida, a pesar de que había

---

<sup>60</sup> Véase, juicios del Consejo de Estado nos. 1467/2004 (Plenaria), *Arm* 2004, 1049 (1050); 3088/2007 (Full Bench), *DA* 2009, 540 (541), 2180/2004 (Plenaria), *NoV* 2005, 173 (174-175), en *Idem*, nota 148.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> Véase en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111-112.

<sup>63</sup> Véase *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493. See in Kent Roach, “The Canadian Constitutional Court as Positive legislator,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, *cit.*, pp. 315 ss., notas 5 y 27.

<sup>64</sup> Véase *Halpern v. Ontario* (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.), en *Idem*, pp. 315 ss. notas 6 y 29.

<sup>65</sup> *Idem*, pp. 315 ss.

<sup>66</sup> Véase las sentencias C-811 de 2007, C-075 de 2007 y C-029 de 2009, en Juan Carlos Henao, Estado Social y Derecho Administrativo,” en Alberto Montana Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2014, p. 165

continuado haciéndolo con los salarios. El resultado fue que durante cuatro años (1993-1997) los salarios aumentaron dos veces más que las pensiones (la pensión promedio era la mitad del salario promedio), lo que significó que el nivel de vida de los jubilados era la mitad del estándar de vida de la población trabajadora con ingresos promedio. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional consideró que esta política había cambiado “el status social de los jubilados hasta el punto de haber creado una desigualdad social de los ciudadanos”, y que las disposiciones impugnadas “contravenían las disposiciones constitucionales básicas del artículo 3 de la Constitución de la República de Croacia, que garantiza la igualdad, la justicia social, y el estado de derecho; y con el artículo 5 de la Constitución, que establece que las leyes deben estar en conformidad con la Constitución”<sup>67</sup>. “Como consecuencia de la decisión de la Corte, los jubilados debieron recibir las pensiones pendientes de pago para el período de 1993 a 1997, y seis años más tarde el Parlamento de Croacia sancionó una Ley de aplicación de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 12 de mayo de 1998.”<sup>68</sup>

Una decisión de similar orden se puede encontrar también en los Países Bajos aun cuando en relación con el control de la “convencionalidad” de las leyes. El Tribunal Supremo dictaminó en 1980, en el *Caso del Niño Ilegítimo*, que el artículo 959 del Código de Procedimiento Civil debía interpretarse a la luz de los artículos 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, con el fin de ignorar la diferencia establecida en el trato procesal entre casos relativos a la custodia de los hijos legítimos e ilegítimos, permitiendo entonces a los familiares de un huérfano ilegítimo poder apelar la decisión del juez de local de custodia, que el Código de Procedimiento Civil sólo concedía a familiares reconocidos legalmente.<sup>69</sup> Con base en la interpretación ya adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la Convención, la Corte Suprema aceptó el derecho de apelación por parte de los familiares de los hijos ilegítimos.

El mismo enfoque fue seguido en 1982 con respecto al *caso del Veto de los padres sobre el Matrimonio de menores de edad*, en el que la Corte Suprema introdujo de oficio el deber de los padres de justificar su decisión de no permitir que sus hijos menores de edad contrajeran matrimonio.<sup>70</sup> En consecuencia, cuando la negación de consentimiento fuera evidentemente irrazonable, los tribunales podían entonces sustituir el permiso de los padres, ignorando lo dispuesto en el artículo 1:36 (2) del Código Civil que prohibía a los tribunales permitir un matrimonio cuando uno de los padres se opusiera. Esta sentencia estaba respaldada por varias decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>71</sup>, lo que condujo a la adopción de un posición más moderada en materia de “control de convencionalidad”, reconociendo el Tribunal que no estaba facultado para desaplicar las disposiciones nacionales consideradas incompatibles con la Convención basándose solo sobre en su propia interpretación de la misma, sino cuando se tratase de una interpretación predominante adoptada por el Tribunal Europeo.<sup>72</sup>

También relacionado con el derecho de familia, en los Países Bajos, la Corte Suprema, en cierta manera, ha desarrollado su propio poder de regular algunas materias legislativas mediante

---

<sup>67</sup> Véase sentencia Noo. U-I-283/1997. De 12 de mayo de 1998, en Sanja Barić and Petar Bačić, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 407 ss.

<sup>68</sup> Véase sentencia sobre la Promulgación de la Ley sobre la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional fechada 12 de mayo de 1998, *Gazeta Oficial, Narodne novine*, No. 105/2004, en *Idem*, pp. 407 ss., nota 30.

<sup>69</sup> Véase la sentencia de la Corte Suprema del 18 de enero de 1980, *NJ 1980/463 (Hijo Ilegítimo)*. in J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, “The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 645 ss., Nota 37.

<sup>70</sup> Véase la sentencia de la Corte Suprema de 04 de junio 1982, *NJ 1983/32 (Veto Parental sobre el Matrimonio de Menores de Edad)*, en *Idem*, pp. 645 ss., Nota 39.

<sup>71</sup> *Idem*, pp. 645 ss.

<sup>72</sup> Véase Sentencia de la Corte Suprema de 19 de octubre 1990, *NJ 1992/129 (Matrimonio Homosexual)*; Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de agosto 2001, *NJ 2002/278 (Deber de Apoyo)*, en *Idem*, pp. 645 ss. nota 46.

el ejercicio de su facultad de control judicial de la “convencionalidad” de leyes. En los *Spring Cases*,<sup>73</sup> por ejemplo, el Tribunal consideró que las disposiciones de la legislación holandesa, según la cual, cuando un niño naciera de padres que no estaban ni habían estado casados, ni tenían ninguna intención de hacerlo en un futuro próximo, esos padres no podían ejercer patria potestad alguna, pudiendo sólo obtener custodia compartida; violaba los artículos 8 y 14 de la Convención Europea. A partir de esa decisión, el Tribunal de Justicia anuló ciertas disposiciones del Código Civil e interpretó otras para que pudieran ser entendidas en forma compatible con la Convención, terminando por regular las condiciones en las cuales una solicitud de autoridad parental conjunta podía ser otorgada por los tribunales. En el caso, el Tribunal dedicó una página entera de la sentencia del caso para describir estas condiciones, proporcionando a los tribunales inferiores una especie de “manual” de cómo decidir en este tipo de casos difíciles.<sup>74</sup>

En América Latina, un caso típico de decisiones aditivas en el sentido de “sustitución”, se puede encontrar en el Perú, en una decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en 1997 en relación con el artículo 337 del Código Civil, en el cual en las demandas de divorcio basadas en la causal de sevicia, el Tribunal entendió que el término “*sevicia*” [crueldad extrema] “debía ser sustituido por la frase ‘violencia física y fisiológica, es decir, no solo se referida a la crueldad física.’”<sup>75</sup> Igualmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Costa Rica ha aplicado la técnica de las decisiones aditivas en asuntos de ciudadanía, interpretando que cuando el artículo 14.4 de la Constitución establece, en relación con mujeres extranjeras que cuando se casan con costarricenses son costarricenses por naturalización si perdían su nacionalidad, la palabra “mujer” debía leerse como “persona” con el fin de incluir también a los hombres, superando así la discriminación legal por razones de género que de otra manera existiría con respecto a los hombres extranjeros casados con una mujer costarricense.<sup>76</sup>

En muchos países, sin embargo, estas decisiones han sido consideradas como invasivas en relación con las atribuciones legislativas porque a través de ellos el Tribunal Constitucional, mediante interpretación, procede a suplantar al legislador, afectando al sistema de separación de poderes. También se han considerado que mediante decisiones judiciales que no anulan la disposición impugnada sino que interpretándola agregan un *quid novi* que transforma lo negativo en positivo, el Tribunal se convierte, en sí mismo, de un juez de la constitucionalidad de las leyes, en un “limpiador” constitucional de las mismas, invadiendo en consecuencia la esfera de otros poderes y añadiendo normas legislativas, como “legislación positiva.”<sup>77</sup>

#### IV. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, EMITIENDO INSTRUCCIONES Y DIRECTRICES AL LEGISLADOR

Como normalmente ocurre en los países que disponen de un sistema de control difuso de la constitucionalidad donde los tribunales tienen poder para declarar la inconstitucionalidad de las mismas, pero sin poder anularlas, en los países con un sistema concentrado de control de constitucionalidad, los Tribunales Constitucionales a pesar de tener el poder de anular las

---

<sup>73</sup> Véase Joint Supreme Court decisions of 21 March 1986, *NJ* 1986/585-588 (*Spring decisions*), en *Idem*, pp. 645 ss., nota 43.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> Véase sentencia de 29 de abril de 1997 (Exp. No. 0018-1996-1-TC), en Fernán Altuve Febres, “El Juez constitucional como legislador positivo en el Perú,” Ponencia peruana al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 14-15.

<sup>76</sup> Véase Voto 3435-92, en Rubén Hernández Valle, “The Normative Resolutions of the Constitutional Court,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, *cit.*, pp. 389 ss..

<sup>77</sup> Véase las opiniones de M.A. García Martínez, F. Rubio LLorente, G. Silvestri, T. Ancora, G. Zagrebelsky, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 254, nota a pie de página 70-76.

disposiciones legales inconstitucionales, también han utilizado la técnica de declarar la inconstitucionalidad o invalidez de las mismas pero sin anularlas, para en esa forma asegurar la protección de los derechos fundamentales, particularmente en casos de omisiones legislativas, lo que se ha manifestado particularmente cuando ha estado involucrado el derecho a la igualdad y la no discriminación.<sup>78</sup>

Se trata, en estos casos, del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, particularmente cuando contienen una regulación pobre, deficiente o inadecuada de acuerdo con las disposiciones constitucionales,<sup>79</sup> que es lo que se considera violatorio de derechos fundamentales, conduciendo al juez constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la deficiente regulación, y sin anularla, para no crear un vacío legislativo ni usurpar las funciones de legislador,<sup>80</sup> se limita en unos casos, a exhortar al Legislador que produzca la legislación necesaria<sup>81</sup>, y en otros, a formularle directrices, orientaciones, recomendaciones o instrucciones, e incluso órdenes, para orientar su actividad futuras,<sup>82</sup> y buscar que actúe en conformidad con la Constitución.<sup>83</sup> En estos casos, el juez constitucional ha desarrollado un papel de asistencia y de colaborador con el Legislador, con instrucciones u órdenes en algunos casos no vinculantes y en otros de carácter vinculante.

### ***1. El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices no vinculantes dirigidas del juez constitucional al Legislador.***

Esta técnica de control de constitucionalidad de las leyes en países con un sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, que se manifiesta en la posibilidad de que los tribunales constitucionales declaren la inconstitucionalidad de una norma sin decidir su nulidad, incluso ha sido establecida expresamente en la legislación que regula las funciones del Tribunal Constitucional, como es el caso de Alemania, donde en la reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de 1970, se estableció como una función específica del mismo preferir en casos específicos, la interpretación constitucional de las leyes mediante su declaración como “compatible o incompatible con la Ley Fundamental” en lugar de solo ser “anulada y declarada sin efecto” (artículo 31.2).<sup>84</sup>

Una reforma similar fue propuesta en 2005 en España, para modificar la disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece el principio contrario, es decir, que es que

---

<sup>78</sup> Véase F. Fernández Segado, F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española., *cit.*, pp. 9, 25, 39-42; P. Popelier ha señalado que en Bélgica, “el principio de igualdad y no discriminación constituye la norma de referencia en más del 85% de las decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales.” Véase P. Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: in search of a Balance between Rights’ Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, *cit.*, pp. 265 ss.

<sup>79</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 293, 294; Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, pp. 34, 37, 71; Víctor Bazan, “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas,” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México 2004, pp. 189 ff.

<sup>80</sup> Véase Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, p. 34

<sup>81</sup> Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, *cit.*, p. 124

<sup>82</sup> Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 227 ff.

<sup>83</sup> *Idem*, pp. 36-37; 75, 88

<sup>84</sup> Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, *cit.*, p. 93; Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, *cit.*, pp. 497 ss. ; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p.260; F. Fernández Segado, *Spanish Report*, p. 6.

cuando la decisión del Tribunal Constitucional sea declarar la inconstitucionalidad de una norma, debe declarar además la nulidad de las disposiciones impugnadas (art. 40.1).<sup>85</sup> La reforma sin embargo no se sancionó,<sup>86</sup> pero ello no impidió que el Tribunal Constitucional superase la rigidez del binomio inconstitucionalidad / nulidad, emitiendo resoluciones de inconstitucionalidad sin declarar la nulidad.

Un caso importante resuelto por el Tribunal Constitucional español, fue la decisión N° 116/1987, en relación con la Ley 37/1984 del 22 de octubre 1984, que estableció derechos sociales a militares y oficiales de policía por servicios prestados durante la Guerra Civil, excluyendo a los militares profesionales incorporados a las Fuerzas Armadas después de 1936. Debido a esa exclusión, el Tribunal Constitucional consideró que ello era contrario al principio de igualdad, declarando la inconstitucionalidad de dicha exclusión, permitiendo la aplicación de la disposición a los excluidos.<sup>87</sup> Otra decisión importante fue la decisión 45/1989 en la que el Tribunal Constitucional consideró que la disposición de la Ley 48/1985 del Impuesto sobre la Renta que establecía la declaración obligatoria conjunta de impuestos de miembros de una familia, implicaba que las obligaciones fiscales para una persona integrada a un grupo familiar era más fuertes que la que correspondía a una persona con los mismos ingresos, pero no integrada a un grupo familiar.<sup>88</sup> El Tribunal Constitucional apreció una violación al principio de la igualdad y examinó la cuestión del binomio inconstitucionalidad / nulidad, argumentando que si bien el texto del artículo 40.1 de la Ley del Tribunal establecía otra cosa, consideró que no era necesario aplicarlo cuando el control de la constitucionalidad estaba asegurado al declarar la inconstitucionalidad de la omisión; teniendo en cuenta que “la nulidad como una medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz de reordenar el régimen de impuesto sobre la renta de una manera compatible con la Constitución.” El Tribunal llegó a la conclusión de que era el legislador quien, “de acuerdo con la decisión, debía hacer las modificaciones necesarias o adaptaciones del régimen jurídico, de acuerdo con sus competencias normativas.”<sup>89</sup> Sobre ello, Francisco Fernández Segado ha señalado

“Con la decisión 45/1989, el Tribunal no sólo se apartó del texto legal, dando a luz a decisiones de inconstitucionalidad sin nulidad, siguiendo los pasos de las BVerfG (Tribunal Constitucional Federal), sino que además categóricamente violó el binomio inconstitucionalidad / nulidad característica de la visión del juez constitucional como “legislador negativo”.”<sup>90</sup>

La misma técnica se ha aplicado en Nicaragua, donde la Corte Suprema en una decisión que reconoció la inconstitucionalidad de los artículos 225 y 228 del Código Civil que prohíben y restringen casos de investigación de paternidad, decidió no anular los artículos manteniéndolos en efecto a la espera de la sanción de una nueva legislación a ser aprobada por el Congreso, con el fin de evitar problemas más graves derivados del vacío legal, que una anulación podría producir.<sup>91</sup>

---

<sup>85</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p. 301.

<sup>86</sup> Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., *cit.*, p. 6

<sup>87</sup> Véase F. Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” Ponencia española..., *cit.*, p. 10.

<sup>88</sup> Véase STC 45/1989, of February 20, 1989, par. 11, en *Idem*, p. 12.

<sup>89</sup> Véase también las sentencias STC 13/1992, 6 de febrero de 1992, fund. jur. 17; STC 16/1996, 1 febrero, 1996 fund. jur. 8°; and STC 68/1996, 18 Abril 1996, fund. jur. 14, en *Idem.*, p. 12-13.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>91</sup> Véase decisiones del 22 de noviembre de 1957, B.J. p. 18730 (1873?) y del 15 de junio de 1986, B.J. p. 105, en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 102.

Por otra parte, en Suiza, donde se admite control de constitucionalidad de las leyes cantonales, el Tribunal Federal ha decidido también casos de omisiones legislativas relativas, aunque negándose a asumir el papel de legislador. En el caso *Hegetschweiler*,<sup>92</sup> basado en la apelación de una pareja casada, la Corte Suprema concluyó que un reglamento cantonal relacionado con los ingresos y los impuestos de propiedad para las parejas casadas era inconstitucional porque las parejas casadas debían pagar impuestos más altos que las parejas no casadas que vivían juntas en la misma casa y que tenían similares medios financieros; lo que fue considerado como una violación del precepto de igualdad (artículo 8.1 de la Constitución). En este caso, el Tribunal Federal dada la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad limitada a la anulación de las normas, si bien rechazó la acción, afirmó que la norma impugnada no estaba en plena conformidad con la Constitución, solicitando al legislador cantonal que remediara la situación inconstitucional. Para la pareja que recurrió, el resultado del proceso fue sin duda muy insatisfactorio.<sup>93</sup>

Por lo que se refiere a la legislación federal, si bien en Suiza no existe un sistema de control de constitucionalidad con respecto a la legislación federal (solo de la legislación cantonal), ello no ha impedido que el Tribunal Supremo Federal critique una norma legislativa federal y por lo tanto le señale a los legisladores la necesidad de una reforma de la ley.<sup>94</sup>

Ahora bien, estas instrucciones o directrices formuladas por los Tribunales Constitucionales al legislador si bien en la mayoría de los casos son recomendaciones no vinculantes, en muchos casos tienen un carácter obligatorio.<sup>95</sup>

En cuanto a las recomendaciones judiciales no vinculantes, se destacan en Italia, las llamadas decisiones exhortativas, decisiones delegadas o *sentenze indirizzo*,<sup>96</sup> mediante las cuales el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma, pero no formula la norma que debe aplicarse a través de la interpretación dejando esta tarea al legislador. Estas decisiones también se les llama en Italia “sentencias aditivas de principio”<sup>97</sup>, como por ejemplo fue el caso de la decisión N° 171 de 1996, emitida por el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la disposición de una Ley que regulaba el derecho a huelga en los servicios públicos, en la parte en la cual no contemplaba una notificación previa y un plazo razonable en los casos de huelgas de abogados y defensores.<sup>98</sup>

Por otra parte, la instrucción dirigida al legislador puede tener un carácter condicional en relación con el poder de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional. En Italia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional cuando se trata de casos de inconstitucionalidad de una ley, durante el proceso judicial puede recomendar al legislador introducir la legislación necesaria para eliminar las dudas constitucionales que rodean una ley, mediante las denominada *doppia*

---

<sup>92</sup> Véase BGE 110 Ia 7. Véase en Tobias Jaag, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit. pp. 783 ss, nota 37.

<sup>93</sup> Idem, pp. 783 ss..

<sup>94</sup> Véase BGE 103 Ia 53, 55. En *Idem*, pp. 783 ss, nota 29.

<sup>95</sup> En este sentido, Christian Behrendt analizando la situación en Alemania, Bélgica y Francia distingue entre lo que llama interferencias no vinculantes permisivas o directrices, y los que permiten las interferencias o mandatos obligatorios. Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 253 ff.

<sup>96</sup> Véase L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, pp. 3 ff.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 268.

<sup>97</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.279-284, 305.

<sup>98</sup> Véase A. Vespaziani, “Una sentenza additiva di principio riguardo allo “sciopero” degli avvocati”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, IV, pp. 2718 ff. Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 281-282, nota a pie de página 164.



*pronuncia formula*, indicándolo que si el legislador no ejecuta las recomendaciones de la Corte, en una segunda decisión, la misma declararía la inconstitucionalidad de la ley impugnada.<sup>99</sup>

Este tipo de control de constitucionalidad mediante decisiones exhortativas es aceptado también en Alemania,<sup>100</sup> mediante las cuales el Tribunal Constitucional Federal, en los casos de procesos en los que se analiza la inconstitucionalidad de las leyes, en lugar de declarar la inconstitucionalidad, puede emitir “una advertencia al legislador,” conteniendo directrices dirigidas al legislador, para mejorar o bien reemplazar la legislación,<sup>101</sup> normalmente dándole al legislador un plazo para hacerlo. Una vez que el plazo se agota, la disposición se considera que será inconstitucional y el Tribunal tendrá que pronunciarse sobre el asunto. Un ejemplo de este tipo de decisión fue la emitida en relación con la pensión de sobreviviente. En el caso, la ley estipulaba que una viuda siempre podía conservar la pensión de su difunto marido, pero en relación con el viudo establecía que él sólo podría obtener la pensión de su esposa fallecida, si ella era la que había proporcionado el sustento para la familia y había ganado el ingreso familiar, o si había sido funcionaria. El Tribunal Constitucional Federal consideró que la disposición estaba en proceso de convertirse en inconstitucional debido a los cambios sociales ocurridos, en particular en relación con el papel de la mujer en la familia, solicitando al legislador que emitiera, de acuerdo con sus facultades para legislar, las disposiciones necesarias a fin de evitar la inconstitucionalidad.<sup>102</sup>

También en Bélgica,<sup>103</sup> el Tribunal Constitucional ha aplicado esta técnica, pudiéndose citar un caso de 1982 relativo a la legislación tributaria regional en materia de medio ambiente, particularmente en relación con la definición de “pagador de contaminantes.” Sobre ello, el antiguo Tribunal de Arbitraje dio instrucciones a los legisladores regionales a los efectos de corregir las condiciones en las cuales la noción de “pagador contaminante” no estaba en conformidad con el principio igualitario.<sup>104</sup> También en una decisión emitida por el mismo Tribunal de Arbitraje en 2004, refiriéndose al régimen de impuestos sobre donaciones a las asociaciones sin fines de lucro establecidos en una ley federal, el Tribunal formuló directrices a un legislador regional que diferente al que había incurrido en una inconstitucionalidad, es decir, al legislador regional, que el Tribunal consideró competente para dictar la legislación sobre la materia.<sup>105</sup>

En países con sistemas difusos de control de constitucionalidad, estas sentencias exhortativas también han sido emitidas por los Tribunales Supremos. Este es el caso de Argentina, en el caso *Verbitsky*, en el que la Corte Suprema decidió sobre la petición de un hábeas corpus colectivo, y sin declarar la inconstitucionalidad de la respectiva disposición legal de la Provincia de Buenos

---

<sup>99</sup> Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

<sup>100</sup> Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.264; Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

<sup>101</sup> Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

<sup>102</sup> Véase BVerfGE 39, 169 ff. En *Idem*, pp. 497 ss. Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.115, 265.

<sup>103</sup> Véase P. Popelier, “The Belgian Constitutional Court as Positive Legislator: in search of a Balance between Rights’ Protection and Respect for Acts of Parliament,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 265 ss.

<sup>104</sup> Véase CA arrêt 79/93 de 9 de Noviembre, 1993, in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 175-176, y 191 ss.

<sup>105</sup> Véase CA arrêt 45/2004 de 17 Marzo, 2004, en *Idem.*, pp. 175-176 ; y 230-237.

Aires, exhortó a sus autoridades a sancionar nuevas disposiciones legales para cuidar el hacinamiento y la situación terrible en el sistema penitenciario.<sup>106</sup>

En otros casos, el Tribunal Supremo de Argentina, después de declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones legales, ha emitido directrices al Congreso sobre legislaciones futuras, indicando el camino constitucional que el Congreso debe seguir con respecto a ciertos asuntos. Por ejemplo, en algunas decisiones, ha cambiado la clara intención legislativa, con el fin de - a través interpretación judicial - adecuar la ley a la interpretación del Tribunal sobre la Constitución. Estas decisiones evidencian un aumento de la participación de la Corte en dominios antes dejados para las ramas políticas del gobierno, como sucedió por ejemplo, en los casos *Castillo*<sup>107</sup> y *Aquino* (2004)<sup>108</sup>, en los cuales la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.557) con respecto a sus contenidos procedimentales y sobre los límites de las indemnizaciones por lesiones laborales, teniendo en cuenta que sus disposiciones negaban a los trabajadores su derecho a una restitución completa. Además, la decisión de la Corte Suprema exigió la acción del Congreso con el fin de modificar el sistema de acuerdo con las directrices establecidas por la corte.

En el caso *Vizzoti*, la Corte Suprema estimó que los límites del sueldo base utilizado para calcular la indemnización de terminación prevista en la Ley de Empleo no eran razonables, a la luz de la obligación constitucional de proteger a los trabajadores contra los despidos injustificados. La Corte formuló en el caso, al Congreso, las directrices en cuanto a los límites válidos, indicando que “la decisión de la Corte no supone una interferencia indebida sobre los poderes del Congreso, ni un violación de la separación de poderes, sino el debido ejercicio del mandato sobre control constitucional sobre las leyes y las medidas gubernamentales.”<sup>109</sup>

## **2. El control de la constitucionalidad por omisión y las instrucciones o directrices vinculantes del juez constitucional al Legislador.**

La protección constitucional de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales también se ha asegurado mediante el ejercicio del control de constitucionalidad en relación con las omisiones legislativas, igualmente con base en la violación del derecho a la no discriminación y a la igualdad. En ese sentido, en muchos casos, los Tribunales Constitucionales, al declarar la inconstitucionalidad de una norma sin anularla, han asumido progresivamente un papel más positivo en relación con el legislador, emitiendo no sólo directrices, sino órdenes o instrucciones, a fin de que se reformen o corrijan partes de la legislación en el sentido indicado por el Tribunal. Esto, como se ha dicho, ha transformado los Tribunales Constitucionales en una especie de órgano auxiliar del legislador, imponiéndoles determinadas tareas, y estableciendo un plazo preciso para su desempeño.

Esta técnica de control de constitucionalidad se ha utilizado en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, en muchos casos, después de haber determinado la incompatibilidad de una disposición legal con la Constitución, sin declarar su nulidad, declara la obligación del legislador de resolver la cuestión de constitucionalidad, y mejorar o derogar la ley<sup>110</sup>. Uno de los primeros ejemplos de este tipo de decisiones judiciales en relación con el Legislador se adoptó en 1981 con respecto a una disposición del Código Civil (artículo 1.579) que establecía el régimen de pensión alimenticia, la posibilidad de su reducción o supresión por razones de equidad y, en

---

<sup>106</sup> Véase CSIJ, Fallos. 328:1146, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 340.

<sup>107</sup> Véase Fallos, 327:3610 (2004). Véase en Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 195 ss.

<sup>108</sup> Véase Fallos: 327: 3753 (2004). En *Idem*.

<sup>109</sup> Véase Fallos 327:3677 (2004). En *Idem*.

<sup>110</sup> Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss..

particular, la excepciones a este último basado en la imposibilidad de que el titular de la pensión lograra un trabajo remunerado debido a la atención que la ex cónyuge debía dar a los hijos. Esta excepción fue impugnada en un caso judicial particular que llegó el Tribunal, el cual consideró que, aunque motivado por razones educativas y familiares, la rigidez de la disposición impedía a los tribunales adecuarlo a las circunstancias individuales, violando el artículo 2.1 de la Constitución (libertades individuales). En consecuencia, el Tribunal decidió que “el legislador debe establecer un nuevo régimen teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. El legislador es libre de decidir si adopta una disposición adicional o modifica la segunda parte del artículo 1579.”<sup>111</sup>

En otro caso relativo a incompatibilidades profesionales considerado contrario al derecho fundamental de toda persona a elegir su profesión, el Tribunal también emitió órdenes al Legislador, pero sin dejarle alternativa. En este caso, se consideró una incompatibilidad legal específica (prohibición a consejeros fiscales de ejercer actividades comerciales) como inconstitucional, concluyendo el Tribunal que “En virtud del principio de proporcionalidad, el legislador debe establecer disposiciones transitorias para los casos en los cuales al poner fin de inmediato a actividades comerciales, ello podría significar una carga pesada; correspondiendo al Legislador fijar el contenido de estas disposiciones transitorias.”<sup>112</sup>

Otro caso importante en el cual el Tribunal Constitucional Federal ha establecido “programas legislativos” en ciertas decisiones, es el caso conocido como *Numerus Clausus*, relativo a los derechos de participación en los servicios del Estado, y la limitación de plazas universitarias, materializada en ciertas instrucciones dadas al Legislador de cómo organizar el servicio.<sup>113</sup> En esta forma, el Tribunal pasó a emitir órdenes al Legislador estableciendo un plazo o fecha límite para que tomase las medidas legislativas necesarias reforzando el carácter del Tribunal Constitucional como colaborador directo de los legisladores.

Esta técnica puede ser considerada como la regla general en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional que además han contenido mandatos dirigidos al Legislador, estableciendo para su cumplimiento una fecha fija, o la ocurrencia de un hecho aún no determinado, un plazo razonable, o en un futuro próximo.<sup>114</sup> En estos casos, el poder del Tribunal se ha deducido del artículo 35 de la Ley que regula sus funciones (BVerfGG)<sup>115</sup> en el que se afirma que “en su decisión el Tribunal Constitucional Federal puede indicar quién debe ejecutarlo; en casos individuales, también puede especificar el método de ejecución”. De acuerdo con I. Härtel, “la fijación de una fecha límite tiene por objeto proporcionar una forma de presión al Legislador y por lo tanto sirve a la promulgación de la justicia encontrada por el BVerfG.”<sup>116</sup>

Un ejemplo clásico de estas decisiones fue la emitida por el Tribunal Constitucional Federal en 1998 con respecto a la libertad del individuo para ejercer profesiones liberales, en las que consideró una disposición de una ley como contraria al artículo 12,1 de la Constitución. El Tribunal argumentó que “Sin embargo, la violación de la Constitución no da lugar a la anulación de la provisión, debido al hecho que el Legislador tiene varias posibilidades para poner fin a la declarada inconstitucionalidad” limitándose el Tribunal solo a “verificar la incompatibilidad de la norma inconstitucional con el artículo 12,1 de la Constitución,” terminando con la indicación de

---

<sup>111</sup> Véase BVerfG, decision of July 14, 1981, BVerfGE 57, 381, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande, cit.*, pp. 263-268.

<sup>112</sup> Véase BVerfG, decisión del 15 de febrero de 1967, BVerfGE 21, 183, en *Idem*, pp. 259-262.

<sup>113</sup> Véase BVerfGE 33, 303, en I. Härtel, , “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp. 497 ss.

<sup>114</sup> Véase en *Idem.*, y en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande, cit.*, , pp. 288 ff.

<sup>115</sup> Véase I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp. 497 ss.

<sup>116</sup> *Idem*, p 9.

que “el legislador está obligado a sustituir la disposición cuestionada con una regulación que esté en armonía con la Constitución, antes del 1 de enero de 2001.”<sup>117</sup>

Más recientemente se puede mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de el 9 de febrero de 2010, relacionada con disposiciones del Código de la Seguridad Social que fueron declaradas inconstitucionales por ser contrarias al derecho a un mínimo existencial.<sup>118</sup> El asunto fue referido al Tribunal en varios procesos judiciales en los cuales se reclamó el reconocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación, que los tribunales correspondientes consideraban que era, en aspectos diversos, inconstitucional. El Tribunal Constitucional Federal estimó que algunos de los preceptos legales objeto del control eran violatorios de la Constitución, por lesión al “derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana,” derivado del artículo 1, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana), en conexión con el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental (principio del Estado Social), que estimó se traducía en una “pretensión prestacional constitucional inmediata,” que el Legislador no podía disponer de las mismas. La declaración de inconstitucionalidad de la norma, sin anularla, llevó al Tribunal a fijar un plazo dentro del cual las disposiciones afectadas debían ser revisadas por el Legislador a través de un método aceptable, ordenando la gobierno a dar cobertura a determinadas prestaciones superiores a las previsiones legislativas, hasta que la nueva regulación fuera sancionada, según los criterios contenidos en el fallo.

Por último, en sentido similar, en Colombia, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de omisiones relativas por parte del legislador, y ha exhortado al Congreso a sancionar las leyes correspondientes. Fue, por ejemplo, el caso de la decisión de la Corte Constitucional que al examinar el artículo 430 del Código de Trabajo que prohíbe la huelga en los servicios públicos. La Corte en Sentencia C-473/94 revisó la omisión del legislador con respecto a la sanción de la legislación relativa al derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, y “exhortó al Congreso a legislar en un plazo razonable” la legislación correspondiente en la materia conforme con la Constitución.<sup>119</sup>

Dentro de este tipo de decisiones de control de constitucionalidad en el que los Tribunales Constitucionales al declarar la nulidad de una disposición dictan una reglamentación provisional mediante la interpretación de la Constitución, es posible mencionar la emitida por el Tribunal Supremo Federal de Brasil, a través de un “*Súmula Vinculante*,” en materia de derechos de las comunidades indígenas, y sobre la constitucionalidad de la demarcación de las tierras indígenas en el área de “*Raposa Serra do Sol*”, en el Estado de Roraima. Después de muchas discusiones y conflictos políticos, el Tribunal decidió sostener la constitucionalidad de la demarcación hecha por la Unión Federal, y determinó para la demarcación de las tierras de los pueblos indígenas un conjunto muy detallado de normas que establecen las condiciones que siempre deben cumplirse

---

<sup>117</sup> BVerfG decisión del 10 de noviembre de 1998, BVerfGE 99, 202, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., p. 295.

<sup>118</sup> BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, en Jesús María Casal, “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión,” en Gonzalo Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y Víctor R. Hernández-Mendible (Coords.), *La Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa como garantes de los Derechos Humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas. 2013.

<sup>119</sup> Véase Germán Alfonso López Daza, “Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des judges?,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 345 ss; Mónica Liliana Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia,” en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 322-323.

en todos los futuros procesos de demarcación, lo que resultó, de hecho, en una decisión con efectos erga omnes.<sup>120</sup>

También en Venezuela, es posible encontrar casos en los que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en ausencia de estatutos correspondientes, ha emitido decisiones que contienen legislación. En la decisión N° 1682 del 15 de agosto de 2005, respondiendo a un recurso de interpretación del artículo 77 de la Constitución, la Sala Constitucional, en ejercicio de su “jurisdicción normativa”, estableció que las relaciones de hecho estables entre los hombres y las mujeres tendrían los mismos efectos que el matrimonio, estableciendo al efecto todo el régimen jurídico en relación con tales relaciones de hecho estables, determinando que los efectos civiles del matrimonio les aplica a ellos, incluyendo los relativo a pensión, al uso del nombre de la pareja, al régimen económico y a los derechos sucesorales, sustituyendo por completo al Legislador.<sup>121</sup>

En otro caso, la Sala Constitucional también ha legislado, esta vez de oficio, y en una resolución dictada en un juicio de amparo en relación con el proceso de la fertilización in vitro. En la decisión No. 1456 de 27 de julio de 2006, en efecto, la Cámara también en ejercicio de su “jurisdicción normativa” determinó de oficio las disposiciones legislativas sobre el asunto, incluidas las normas sobre la paternidad, la reproducción asistida, la fecundación sin consentimiento, la donación retributiva, las madres subrogadas, y normas sobre sucesiones.<sup>122</sup> En este caso, la Sala no sólo actuó como legislador positivo estableciendo todas las disposiciones aplicables en el caso de la fertilización in vitro o la reproducción asistida, pero ordenó a la aplicación de las nuevas normas al caso particular involucrado en la decisión, dando efectos retroactivos a la “disposiciones legislativas” que crearon, en violación del artículo 24 de la Constitución que prohíbe la retroactividad de las leyes.

### **3. La protección constitucional de los derechos sociales mediante la acción de amparo contra las omisiones legislativas**

Además de los medios de control de constitucionalidad de la omisión legislativa mediante el ejercicio de las acciones directas de inconstitucionalidad contra la omisión del Legislador, la protección de los derechos humanos y en particular de los derechos sociales, también ha encontrado garantía, mediante el ejercicio de acciones de amparo contra los daños o amenazas que tales omisiones pueden causar a tales derechos. Este es el caso, por ejemplo, en los países de América Latina, de las acciones de amparo interpuestas contra omisiones del legislador para la protección de los derechos fundamentales que se han establecido en muchos países.<sup>123</sup>

En este sentido se destaca el muy importante *mandado de injunção* en Brasil, establecido en el artículo 5°, LXXI, de la Constitución, y que se “concede siempre que la falta de la disposición reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos constitucionales y las libertades, así como los derechos inherentes a la nacionalidad, el estado soberano y la ciudadanía”. De acuerdo con la Tribunal Supremo Federal, esta orden judicial no autoriza a la Corte a ocupar el vacío dejado por

---

<sup>120</sup> Véase STF, *DJ* 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, en Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” Ponencia Brasileña al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010 (Mimeo), pp. 43-46.

<sup>121</sup> Véase decision 1682 of July 15, 2005, *Carmela Manpieri, Interpretation of article 77 of the Constitution* Case. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm> Véase en Daniela Urosa Maggi, “Constitutional Copurts as Positive legislators,” en Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp. 843 ss.

<sup>122</sup> Véase sentencia No. 1456 de 27 de julio de 2006, caso *Yamilex Núñez de Godoy*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm> Véase en Idem, pp. 843 ss.

<sup>123</sup> Véase en particular, en relación con el recurso de amparo contra las omisiones de las autoridades en los países de América Latina Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ss.. En Venezuela acciones de amparo se han presentado en contra de omisiones de los legisladores con respecto a determinados actos administrativos. Vease: Allan R. Brewer-Carias, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 2007, pp. 153 ss.

la omisión legislativa, por lo que la Corte no puede promulgar la norma;<sup>124</sup> estando su función limitada a declarar el retardo que se haya producido en el desarrollo de la normativa y notificar de ello al legislador, teniendo la decisión, sólo efectos inter partes.

Un caso de interés, fue el resuelto por el Tribunal Supremo Federal, en aplicación de la norma de la Constitución que garantizaba un privilegio fiscal de determinadas instituciones con fines sociales, de estar exentas de pagar impuestos por contribuciones a la seguridad social, “siempre y cuando estas entidades cumplieran con las condiciones establecidas en la ley” (artículo 197,5). La Constitución dejó al legislador ordinario la tarea de establecer las condiciones que debían cumplirse a fin de reclamar exención de las contribuciones, y al no haberlo hecho, el Gobierno Federal entendió que tales entidades no podrían reclamar ninguna exención fiscal hasta tanto el Congreso aprobase la ley que estableciera esas condiciones. El Tribunal Supremo tras considerar que existía una omisión legislativa injustificable, fijó un plazo de seis meses para que el Congreso aprobase una ley eliminando esa omisión. Además, determinó que si la ley no se dictaba antes de esa fecha, el demandante tendría derecho automáticamente a reclamar el beneficio fiscal.<sup>125</sup>

En otros casos, el Tribunal Supremo Federal en Brasil ha proporcionado incluso la norma que faltaba, pero mediante analogía, hasta que el legislador promulgase la legislación necesaria. Este fue el caso de la aplicación de las normas de seguridad social relativas a la pensión especial en el sector privado, a funcionarios que trabajaban en el Departamento de Salud del sector público (MI 721 / DF, marzo 8 de 2007); y el caso de la aplicación de las disposiciones a la ley (Ley 7.783 / 1989) que regula el derecho de huelga en el sector privado (MI 670 / ES, 25 de octubre de 2007), a los funcionarios de un Estado.<sup>126</sup>

La misma aproximación del juez constitucional complementando la labor del Legislador, en particular en materia de protección de los derechos fundamentales, se puede encontrar en otros países, como en Argentina, por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema en los casos *Badaro*, relativo al ajuste automático de las pensiones. En efecto, debido al hecho de que la Constitución regula pensiones ajustables (artículo 14 bis), en el caso *Badaro I*,<sup>127</sup> la Corte consideró que la omisión del Congreso en lo que respecta a los aumentos de las pensiones, en virtud de haber sido éstas seriamente reducidas por la alta inflación, constituía una violación del mandato constitucional, por lo que instó al Congreso a aprobar la legislación respectiva en un plazo razonable para resolver ese problema. El Tribunal destacó que no sólo era un poder, sino un deber del Congreso de dar efectividad a la garantía constitucional de la movilidad de las pensiones, para lo cual debía legislar y adoptar medidas para garantizar el pleno disfrute del derecho. Finalmente, en vista de la falta de acción por parte del Congreso, en el *Caso Badaró II*<sup>128</sup>, la Corte, además de volver a urgir al Congreso para promulgar la legislación, resolvió aceptar la solicitud del

---

<sup>124</sup> Véase caso STF 168/RS, Reporting Justice J. Ministro Pertence, DJU, 20 Abril 1990, en Marcelo Figueredo, “Judicial remedies Aimed to Fill the Legislatve Gaps resulting from State Omissions under Brazilian Law,” Ponencia brasileira al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), p. 4.

<sup>125</sup> Véase caso TF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992, en Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp 283 ss.

<sup>126</sup> Véase en Marcelo Figueredo, “Judicial remedies Aimed to Fill the Legislatve Gaps ....,” cit. p. 6-7; y en Thomas Bustamante y Evanlida de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as Negative Legislators: The Brazilian Case,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp. 283 ss; Véase también, Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo,” Ponencia brasileira al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 28, 32.

<sup>127</sup> Véase Fallos, 329:3089 (2006 Véase en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vítolo, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, 195 ss, nota 68.

<sup>128</sup> Véase Fallos 330:4866 (2007). Véase en *Idem*, nota 69.

petionario y adoptó criterios para el reajuste de las pensiones hasta que el Congreso decidiera actuar<sup>129</sup>.

En otro caso importante con respecto al medio ambiente, la Corte Suprema, en el *caso Mendoza*<sup>130</sup>, decidió sobre una denuncia presentada por un grupo de vecinos de un asentamiento conocido como *Villa Inflamable*, situado en las afueras de Buenos Aires, contra el Gobierno Nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas privadas, alegando daños y perjuicios causados por múltiples enfermedades que sus hijos y ellos mismos tenían, causadas por la contaminación de la cuenca hidrológica "*Matanza-Riachuelo*". En dos sentencias históricas, la primera en 2006 y la otra en 2008, la Corte ordenó a los demandados a presentar un programa de recuperación ambiental, confió a la Autoridad de la Cuenca *Matanza-Riachuelo* en su aplicación y estableció directrices detalladas para la Corte poder supervisar el cumplimiento de su decisión y evitar conflictos inter-provinciales, por tratarse de materias de la competencia de las legislaturas y del poder ejecutivo de los niveles federal y provincial.<sup>131</sup>

En Alemania, también se puede mencionar como ejemplo de control judicial de las omisiones legislativas absolutas por medio de la denuncia para la protección constitucional de los derechos fundamentales de carácter social (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>132</sup>, la decisión del Tribunal Constitucional Federal No 26/1969 del 29 de enero 1969 dictada en relación con el artículo 6.5 de la Constitución que establece que la ley debe garantizar a los hijos ilegítimos, las mismas condiciones que a los hijos legítimos, para su desarrollo físico, espiritual y social. El Tribunal Constitucional Federal en su decisión consideró que el artículo 1712 del Código Civil era insuficiente en cuanto a la disposición constitucional y exhortó al legislador a reformarlo de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 6.5 de la Constitución antes del final del período de la legislatura (Otoño 1969), que, de hecho, ocurrió 19 de agosto de 1969 con la promulgación de la reforma<sup>133</sup>.

En la India, debe mencionarse un caso muy importante de 2001 en relación con los abusos (intimidación, acoso, *bullying*) hacia nuevos estudiantes en las universidades, iniciado en 1998 como un litigio de interés público por la organización espiritual *Vishwa Jagriti Mission*, con el objeto de tratar de frenar la amenaza de los abusos hacia los nuevos estudiantes en las instituciones educativas.<sup>134</sup> La Corte Suprema dictó sentencia en 2011, en uso de sus poderes conforme a los artículos 32 y 142 de la Constitución, decidiendo proteger los derechos fundamentales, emitió una serie de directrices, no sólo definiendo los abusos, sino también contemplando las posibles causas de ellos, prescribiendo los pasos detallados para poner fin a dicha práctica, y esbozar diversas formas de castigo que las autoridades educativas podían adoptar. La Corte también decidió que "la falta de prevención de los abusos sería interpretado como un acto de negligencia en el mantenimiento de la disciplina en la institución", y dispuso que

---

<sup>129</sup> Véase también Néstor Pedro Sagüés, "La Corte Suprema Argentina como Legislador Positivo," Ponencia argentina al XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Washington 2010, (Mimeo), pp. 12-13.

<sup>130</sup> Véase Fallos 329:2316 (2006) and Fallos 331: 1622 (2008), en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vítolo, "Constitutional Courts as Positive Legislators," en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp. 195 ss., nota 72

<sup>131</sup> *Idem*, pp. 195 ss..

<sup>132</sup> Véase en términos generales Francisco Fernández Segado, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht," en la *Revista de Derecho*, No 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp/ 137-186.

<sup>133</sup> Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 313-315. Véase Ines Härtel, "Constitutional Courts as Positive Legislators," en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp.497 ss.

<sup>134</sup> Véase caso: *Vishwa Jagriti Mission v Central Government* AIR 2001 SC 2793, en Surya Deva, "Constitutional Courts as Positive Legislators: the Indian Experience," en en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators, cit.*, pp.587 ss., nota 58.

si “una institución no logra frenar los abusos, la Agencia de Financiamiento/ UGC puede considerar dejar de dar asistencia financiera a tal institución hasta el momento en que lo cumpla”. Como los abusos continuaron, de lo cual informaron los medios de comunicación, la Corte Suprema de la India se involucró directamente en la lucha para frenar los abusos en las instituciones educativas., nombrando en noviembre de 2006, a un Comité para sugerir medidas correctivas que hicieran frente al problema de los abusos.

En mayo de 2007, la Corte Suprema ordenó que varias recomendaciones de la Comisión debían ser implementadas sin ningún lapso de tiempo adicional, estableciendo entre otras cosas, que “la pena que ha de imponerse tiene que ser ejemplar y justificadamente dura para actuar como un elemento disuasivo contra la recurrencia de este tipo de incidentes”<sup>135</sup>. La Corte no dejó la tarea de supervisar estas directrices a la rama ejecutiva del gobierno, decidiendo que “el Comité constituido de conformidad con la orden de este Tribunal seguirá de cerca el funcionamiento de los comités anti-abusos y de los equipos que se formen. También tendrán que vigilar la aplicación de las recomendaciones a las que se ha hecho referencia más arriba “

En 2007, la Corte Suprema dio instrucciones adicionales al decidir con casos específicos de abusos en dos colegios que fueron investigados por el Comité Raghavan<sup>136</sup>; y en 2009 en el caso *Universidad de Kerala v Consejo de Directores de las Universidades de Kerala*<sup>137</sup>, ordenó a todos los gobiernos estatales, así como a las universidades a actuar de conformidad con las directrices formuladas por el Comité, considerando estos abusos como un abuso contra los derechos humanos, justificando así expresamente el ejercicio por parte de la Corte, del poder establecido en el artículo 32 de la Constitución.<sup>138</sup>

En una orientación similar, y también mediante vías judiciales desarrolladas progresivamente para la protección de los derechos fundamentales, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llenado el vacío de las omisiones legislativas, en particular emitiendo ordenes de equidad, como las mencionadas *injunctions*.<sup>139</sup> a través de las cuales un tribunal de equidad puede acordar adjudicar protección constitucional ordenando al demandado o agravante a hacer algo o a abstenerse de hacer algo,<sup>140</sup> disponiendo incluso cambios estructurales.

Este último fue precisamente el supuesto desarrollado por los tribunales después del caso *Brown v Junta de Educación* 347 EE.UU. 483 (1954); 349 EE.UU. 294 (1955), en el cual la Corte Suprema declaró el sistema escolar dual como discriminatorio, utilizando las *injunctions* como instrumento de reforma, por medio de los cuales los tribunales, en ciertos casos, realizaron la supervisión de las políticas y prácticas estatales institucionales con el fin de prevenir discriminación. Esto se aplicó particularmente en todos los casos de desegregación escolar en el período de 1954-1955, los que dieron a las *injunctions* una importancia inusitada pues mediante las mismas se logró reestructurar los sistemas educativos en todo el país.

En el caso específico de la segregación racial en la educación pública, declarada contraria a la cláusula de igual protección bajo las leyes prevista en la XIV Enmienda, las sentencias de la Corte Suprema en *Brown v. Junta de Educación*<sup>141</sup>, impusieron la necesidad de que los tribunales se

---

<sup>135</sup> Véase caso *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, del 16 de Mayo de 2007, en *Idem*, pp. 587, nota 61.

<sup>136</sup> Véase J Venkatesan, “SC Issues Guidelines to Check Ragging”, *The Hindu*, 9 May 2009, <http://www.thehindu.com/2009/05/09/stories/200905095740100.htm> , en *Idem*, pp.587,nota 62.

<sup>137</sup> Véase *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, order dated 11 February 2009, para 2. Véase en *Idem*, nota 63.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ff.

<sup>140</sup> Véase William Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 13.

<sup>141</sup> Véase *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971). Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, “Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators...., cit.*, pp. 815 ss., nota 101.



involucraran en el proceso de administración de los planes de desegregación, lo cual quedó aclarado tres años después en el caso *Swann v. Junta de Charlotte-Mecklenburg de Educación*, en la que la Corte Suprema aprobó un decreto detallado emitido por un tribunal de distrito, basado en la recomendación de un experto en la administración educativa, que contenía medidas como “el diseño de las zonas de asistencia de manera distinta, las asociación o agrupación de escuelas blancas y negras para permitir un equilibrio racial más razonable, transporte obligatorio de los estudiantes a las escuelas fuera de sus vecindarios, la reasignación de los profesores y demás personal para reducir el carácter racial de escuelas, y requiriendo que las nuevas escuelas se construyeran en lugares que no contribuyan a la persistencia de la segregación”<sup>142</sup>.

Según lo mencionado por Laurence Claus y Richard S. Kay, los veinte años siguientes fueron testigos de numerosos casos de jueces federales intentando conciliar el imperativo constitucional con las realidades prácticas de funcionamiento de un sistema escolar, tarea que a menudo se dificulta por la resistencia pasiva o activa de las autoridades locales. Por ello, las cuestiones prácticas y políticas asociadas a la gestión de un régimen de desegregación volvieron regularmente a la Corte Suprema de Justicia, cuyas sentencias, desde ese momento, estuvieron, en gran medida, relacionadas con la definición de los límites del mandato judicial amplio esbozado en el caso *Brown* y otras decisiones.

Los tipos de temas planteados fueron ilustrados por el fallo del caso de la Corte Suprema, *Missouri v. Jenkins*<sup>143</sup> en 1995, que fue uno de sus últimos fallos significativos sobre la autoridad correctiva de los tribunales federales en casos de desegregación. El tribunal de distrito, en ese caso, había encontrado que la segregación inconstitucional había reducido la calidad de la educación ofrecida de las escuelas afectadas. Durante un período de diez años, el juez del tribunal de distrito había ordenado, en consecuencia, que el tamaño de cada clase fuera reducida, que se debía instituir el kindergarten a tiempo completo, que se debían ampliar los programas de verano, ofrecer tutoría para antes y después de las clases, y que se estableciera un programa de desarrollo de la primera infancia. El tribunal de distrito también ordenó un programa de inversión de mejoras y mayores aumentos salariales para los maestros y otros empleados de las escuelas.<sup>144</sup>

Además, las *injunctions* fueron también los instrumentos judiciales fundamentales para, como jurisprudencia correctiva, resolver situaciones sociales graves que originaron litigios, por ejemplo, relacionados con el funcionamiento de los hospitales psiquiátricos, del sistema de prisiones del Estado, y en materias de medio ambiente.<sup>145</sup>

En Canadá, por otra parte, de manera muy similar a la acción de amparo latinoamericana para la protección de los derechos constitucionales, el artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho que toda persona tiene, cuando sus derechos y libertades garantizados por se han vulnerado o negado, “a solicitar a un tribunal competente la obtención de la reparación que el tribunal estime conveniente y justa.” De acuerdo con esta disposición, los tribunales tienen la facultad de emitir una amplia variedad de decisiones en casos en que encuentre que los derechos de las personas han sido violados, incluyendo declaraciones y medidas judiciales que exijan al gobierno tomar acciones positivas para cumplir con la Constitución y para remediar los efectos de violaciones constitucionales pasadas.

---

<sup>142</sup> *Idem*, nota 102.

<sup>143</sup> *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), en *Idem.*, pp. 815 ss., nota 104.

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> Véase Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4-5; and in Owen M. Fiss and Doug Rendelman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, pp. 33-34. Por lo tanto, mandatos judiciales estructurales pueden considerarse un instrumento de derecho constitucional moderno desarrollado específicamente para la protección de los derechos humanos, en particular en las instituciones del Estado; un instrumento que se ha considerado que “se convertirá en una parte implícita de la garantía constitucional de proteger los derechos individuales de la acción gubernamental inapropiada.” Véase: William M. Tabb y Elaine W. Shoben, *Remedies*, pp. 87-88.

En un importante caso relativo a derechos culturales en relación con la lengua, el tribunal emitió por ejemplo, mandatos judiciales estructurales o interdictos requiriendo que el gobierno, en particular, que proporcionase instrucción e instalaciones. En efecto, en Canadá, la Constitución de 1867 establece que el francés y el inglés se deben utilizar en las legislaturas y en los tribunales de Canadá y Quebec, y también, las constituciones y leyes, como la *Ley de Manitoba de 1870* proporcionaba derechos similares. En 1985, la Corte Suprema se enfrentó a una ley que pretendía abolir las obligaciones de bilingüismo en Manitoba, donde la población de habla francesa se había convertido en una minoría. Sin embargo, la Corte decidió que las leyes monolingües eran inconstitucionales, pero sostuvo que la anulación inmediata de la mayor parte de las leyes de Manitoba no era adecuado, ya que produciría un vacío legal que pondría en peligro el Estado de Derecho. El Tribunal decidió que daría a las leyes monolingües validez temporal para el período de tiempo que fuese necesario para traducirlas al francés, conservando la jurisdicción sobre el caso durante varios años y durante ese tiempo oyeron varias mociones sobre el alcance de las obligaciones constitucionales para el bilingüismo.<sup>146</sup> Las acciones de la Corte en este sentido han sido vistas como una forma de activismo correctivo algo similar a la experiencia de los Estados Unidos y de la India donde los tribunales mantuvieron jurisdicción sobre las instituciones públicas, como escuelas y prisiones en los años 1970 y 1980 para garantizar que fueran satisfechas las normas constitucionales.<sup>147</sup>

## V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, ACOMPAÑÁNDOSE, SU ANULACIÓN, CON EL ESTABLECIMIENTO DE UNA LEGISLACIÓN PROVISIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En muchos otros casos, además de que los Tribunales Constitucionales emitan órdenes al legislador para que promulgue una legislación de una manera específica y en una fecha fija o determinada, lo que ocurre sobre todo en materia de omisiones legislativas, los Tribunales Constitucionales también han asumido el papel de ser “Legisladores provisionales” al incluir en sus decisiones la declaración de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o medidas provisionales, y establecer una normativa que se debe aplicar en la materia específica considerada inconstitucional, hasta que el legislador sancione la ley que está obligado a producir. En estos casos, lo que el Tribunal ha hecho es detener inmediatamente la aplicación de la disposición inconstitucional, pero con el fin de evitar el vacío que una nulidad puede originar, fija temporalmente ciertas reglas que deben aplicarse hasta que se produzca la promulgación de una nueva legislación.<sup>148</sup> Los Tribunales Constitucionales, en estos casos, en alguna forma puede considerarse que actúan como “Legisladores sustitutos” pero no para usurpar las funciones del mismo, sino con el fin de preservar su libertad legislativa.<sup>149</sup>

Esta técnica se ha aplicado también en Alemania, basándose en una interpretación amplia del mismo artículo 35, ya citado, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, de la cual el Tribunal ha deducido que tiene el poder de promulgar normas generales, a ser aplicadas a la espera de la sanción por parte del Legislador de la legislación sobre la materia en armonía con la Constitución.

---

<sup>146</sup> *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212. Véase Kent Roach, *The Canadian Constitutional Courts as Positive legislators*,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive legislators*, cit., pp. 315 ss, nota 48.

<sup>147</sup> *Idem*. pp. 315 ss..

<sup>148</sup> Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, cit., pp. 333 ff.

<sup>149</sup> Véase Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, No 57, Mexico 1986, pp. 848-849.

En estos casos, se ha dicho que el Tribunal ha asumido “un poder auxiliar legislativo, actuando como una “empresa de reparación parlamentaria”, “erosionando la separación de poderes”.<sup>150</sup>

El caso quizá más importante e interesante decidido por el Tribunal Constitucional Federal, en este sentido, fue uno resuelto en 1975, en relación con la reforma del Código Penal en cuanto a la despenalización parcial del aborto.<sup>151</sup> El Tribunal consideró inconstitucional la disposición del artículo 218a del Código Penal que imponía la obligación del legislador de establecer normas más precisas, considerando que: “En aras de la claridad de la ley (*Rechtsklareit*), parecería adecuado, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Federal del Tribunal Constitucional, establecer un reglamento provisional a ser aplicado hasta que las nuevas disposiciones se aprueben por parte del legislador.”

El resultado fue la inclusión en la decisión del Tribunal, de una muy detallada “legislación provisional” en la materia, de aplicación inmediata, sin fijar una fecha precisa para que el Legislador actuara.<sup>152</sup> Quince años más tarde, en 1992 se aprobó un nuevo estatuto con respecto a la ayuda a las mujeres embarazadas y para las familias, que fue cuestionada por ser contraria al artículo 1º de la Constitución que garantiza la dignidad humana. El Tribunal Constitucional Federal emitió en 1993 una nueva decisión sobre la cuestión del aborto,<sup>153</sup> considerando que la mayor parte de la reforma era contraria a la Constitución, estableciendo de manera extremadamente detallada, como un “legislador verdadero” todas las normas aplicables al aborto en el país.<sup>154</sup> Por supuesto, el Tribunal basó su decisión en el artículo 35 de su Ley, el cual sin embargo, ha sido considerado insuficiente para apoyar este tipo de legislación sustitutiva detallada.<sup>155</sup>

También en la India, y como consecuencia de decidir acciones directas para la protección de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 32 de la Constitución, el Tribunal Supremo ha asumido el papel de legislador provisional por ejemplo sobre cuestiones relacionadas con el arresto y la detención policial (caso *DK Basu v Estado de Bengala Occidental*,<sup>156</sup>), y además en algunas materias relativas a derechos sociales. Entre éstas últimas se destaca la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *Vishaka v Estado de Rajasthan*<sup>157</sup> en materia de acoso sexual de las mujeres trabajadoras en el lugar de trabajo, decidiendo sobre las peticiones presentadas por activistas sociales y organizaciones no gubernamentales para asegurar el goce de sus derechos consagrados en los artículos 14, 19 y 21 de la Constitución (el derecho a la igualdad, el derecho a ejercer cualquier profesión u oficio, y el derecho a la vida y a la libertad, respectivamente).

El Tribunal Supremo, si bien reconoció que la responsabilidad primordial de proteger estos derechos de la mujer trabajadora se encuentra en el poder legislativo y el ejecutivo, en los casos de acoso sexual que resultan en violación de los derechos fundamentales de las trabajadoras “un desagravio efectivo requiere el establecimiento de algunas directrices para la protección de estos

---

<sup>150</sup> Véanse las referencias a las opiniones de W. Abendroth, H.-P. Scheider y R. Lamprech en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, cit., p. 341, notas en pp. 309 y 310.

<sup>151</sup> BVerfG, decisión del 25 de febrero de 1975, BVerfGE 39, 1, (68), en *Idem.*, pp. 342 ff; y I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 497 ss.

<sup>152</sup> *Idem*

<sup>153</sup> BVerfG, decisión del 28 de mayo de 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*), February 25, 1975, BVerfGE 88, 203, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, cit., pp. 346 ff.

<sup>154</sup> Véase el texto completo de la reglamentación en *Idem.*, pp. 348-351. ff

<sup>155</sup> Véanse las referencias en *Idem.*, p. 352.

<sup>156</sup> Véase (1997) 1 SCC 416. Véase en Surya Deva, “Constitutional Courts as Positive Legislators: the Indian Experience,” en Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, cit., pp. 587 ss.

<sup>157</sup> Véase AIR 1997 SC 3011, en *Idem*, pp. 587, nota 49.

derechos y para llenar el vacío legislativo”, y, en consecuencia, no sólo estableció una definición detallada de lo que significa “acoso sexual”, sino que estableció una obligación al empleador y a otras personas responsables en los lugares de trabajo y otras instituciones “de prevenir o disuadir que se cometan actos de acoso sexual y proporcionar los procedimientos para la resolución, acuerdo o procesamiento de actos de acoso sexual mediante la adopción de todas las medidas necesarias.” El Tribunal también emitió directrices que cubrían varios aspectos diferentes, por ejemplo, tomar medidas Preventivas, iniciando el procedimiento penal previsto en la ley penal, tomando medidas disciplinarias, estableciendo un mecanismo de denuncia y la difusión de las directrices. El Tribunal Supremo concluyó ordenando que “las directrices y normas anteriores se observarán rigurosamente en todos los lugares de trabajo para la conservación y el cumplimiento del derecho a la igualdad de género de las mujeres que trabajan. Estas indicaciones serán vinculantes y aplicable en ley hasta que se promulgue una legislación adecuada”, siendo extendida a ser aplicada en las entidades no estatales, como las empresas privadas.<sup>158</sup>

Más recientemente, la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, al decidir una acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por la Defensora del Pueblo contra el artículo 46 del Código Civil, que establece que “No pueden contraer válidamente matrimonio la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón que no haya cumplido dieciséis (16) años,” al declarar la nulidad parcial de dicha norma, para proteger la igualdad en cuanto a la edad para contraer matrimonio, mediante una sentencia aditiva introdujo una nueva norma estableciendo una edad igualitaria para ello.<sup>159</sup> La impugnante había considerado que al establecerse en dicha norma una edad mínima diferenciada por razón del género para contraer matrimonio, se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación entre hombre y mujer que garantiza el artículo 21 de la Constitución. Al solicitar la nulidad, la impugnante precisó que de declararse la nulidad solicitada, la Sala Constitucional debía proceder a “definir el alcance de los efectos de su decisión, así como establecer las condiciones y requisitos exigibles para la celebración del matrimonio.” A pesar de la opinión en contrario del Procurador General de la República, la Sala Constitucional llegó a la conclusión de que la norma resultaba incompatible con los postulados constitucionales insertos en el artículo 21 de la Constitución, considerando la diferenciación de edad para contraer matrimonio como “una rémora del pasado donde el matrimonio era concebido como única institución civil para reconocer la reproducción de la especie humana” considerando que respondía a la idea de la “naturaleza biológica de la mujer [como] quedando relegada a su función reproductora,” lo que considero formaba “parte del pasado.” En definitiva, la Sala Consideró que:

“el fundamento biológico-reproductivo para distinguir la edad para contraer matrimonio en función del sexo no supera el *test* de constitucionalidad, considerando el hecho de que actualmente el rol de la mujer en el matrimonio y en la sociedad supera con creces la simple función reproductora, y la mujer, en su recreación abstracta, ha dejado de ser sujeto pasivo objeto de tutela estatal por estar cercana a la incapacidad para ejercer sus derechos desde un ámbito de libertad y empoderamiento de su valía individual.”

El resultado fue que la Sala declaró con lugar la acción de constitucionalidad y anuló parcialmente la norma impugnada “al establecer condicionamientos diferenciados en función del género y a la igualdad entre los futuros contrayentes,” procediendo luego a analizar entre las dos edades (14 o 16 años) cuál debía ser utilizada “como referente igualador,” llegando a la conclusión de que debía ser los 16 años, ya que la edad de 14 años podía consentir “la indebida incursión de adolescentes en un proyecto de vida tan complejo como el matrimonio,” y podía permitir a los adolescentes, “a una edad tan temprana, abandonar sus estudios, su preparación profesional, su recreación y todas las actividades propias de la adolescencia que en conjunto configuran la personalidad del adulto sano, poniéndoles fin a su niñez, para lidiar con las

---

<sup>158</sup> Idem, pp. 587.

<sup>159</sup> Véase sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML>.

complicaciones del matrimonio, el hogar y los hijos, viendo frustradas sus posibilidades de desarrollo progresivo y proporcional en otras áreas más cónsonas con su muy temprana edad.”

De todo lo anterior concluyó entonces la Sala, renunciando a declarar la anulación íntegra de la norma, pues ello “crearía una incertidumbre acerca de la capacidad matrimonial” que no resultaría conveniente, procediendo entonces en una sentencia de anulación parcial interpretativa, a declarar:

“que la satisfacción del derecho a la igualdad se logra con la equiparación al límite máximo (16 años de edad) para que varones y hembras -es mucha abstracción social afirmar que con 16 años se es hombre y mujer- puedan contraer matrimonio, por lo que se declara la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil en la parte que comporta la inconstitucionalidad, es decir, a aquella que establece: “la mujer que no haya cumplido catorce (14) años de edad y el varón”, y a través de una interpretación constitucionalizante, sin distinción de género, se equipara a dieciséis (16) años la edad mínima requerida para contraer matrimonio, entendiéndose, a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Judicial y Oficial, que la inteligencia de la norma se refiere a que “no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido dieciséis (16) años”.

Finalmente la Sala exhortó a “la Asamblea Nacional a considerar la reforma del artículo 46 del Código Civil y valore las preocupaciones vertidas por la Sala en esta sentencia,” particularmente en el sentido de “contemplar que la edad válida para contraer matrimonio se adquiera a la mayoría de edad (18 años),” como lo recomendó el *Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas*, en un Informe Periódico que se cita expresamente en la sentencia.<sup>160</sup>

En todo caso, en estos casos de medios judiciales establecidos o desarrollados para el control de las omisiones legislativas, en cualquier caso, siempre es importante tener en cuenta la advertencia dada por el juez Cardozo de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el problema que implica, debido al hecho de que “la falta de acción legislativa o la incapacidad de los grupos de obtener los votos necesarios para aprobar la legislación deseada, puede conducir a intentos de que el poder judicial logre mediante el control de constitucionalidad lo que el legislador se ha negado a hacer”.<sup>161</sup>

## VI. ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO A LA SALUD

### 1. *Algunos enfoques en la protección constitucional de los derechos sociales en América Latina: el caso de Colombia, Venezuela y República Dominicana*

La cuestión más importante en materia de control judicial de los derechos constitucionales en América Latina, mediante el ejercicio de las acciones de amparo, es la relativa a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos países, muchos de esos derechos no están declarados en las Constituciones, careciendo, por consiguiente, de protección judicial constitucional al no tener rango constitucional. En otros países, como es el caso de Colombia y Chile, muchos de esos derechos sociales no se consideran "derechos fundamentales,, los cuales son, en general, los únicos que se pueden proteger mediante las acciones de *tutela* y de protección.

No obstante, incluso en países que no establecen distinción alguna respecto de los derechos protegidos, la cuestión del control jurisdiccional de esos derechos económicos, sociales y culturales sigue siendo un punto importante, particularmente porque en algunos casos las normas

<sup>160</sup> Véase sentencia No. 1353 de 16 de octubre de 2014, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML>.

<sup>161</sup> Véase Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p. 238; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid 1991, p. 325.

constitucionales establecer políticas y obligaciones para el estado, cuya concreción requiere algún tipo de legislación adicional para su plena viabilidad.

Los derechos constitucionales, y muy especialmente los derechos sociales, con base en el principio de alteridad, generalmente implican el establecimiento de una obligación del Estado de proveer o prestar determinados servicios o cumplir determinadas actividades o prestaciones, para lo cual el gasto público debe disponerse respecto de cada servicio, dependiendo de las decisiones políticas del gobierno. Por tanto, una discusión general que se ha planteado que relación con estas disposiciones que establecen tales derechos es en relación a su exigibilidad sólo después que el Congreso sancione la legislación que disponga el alcance de su disfrute (así como también las obligaciones del Estado y su financiamiento) y después que el Poder Ejecutivo adopte políticas públicas específicas. Esta aproximación, en todo caso, también ha sido cuestionada, en particular con base en el principio de la conexión que existe entre los derechos sociales y los individuales, que implican la necesidad de considerar nuevos principios derivados del concepto de Estado Social.

Por ejemplo, a este respecto, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia N° T-406 del 5 de junio de 1.992, estableció el principio que esos derechos tienen su razón de ser en el hecho que su satisfacción mínima es una condición indispensable para el disfrute de los derechos civiles y políticos que "sin el respeto de la dignidad humana en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo". Por eso, la Corte Constitucional consideró que "la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental". En consecuencia, según la Corte Constitucional, el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales no se puede limitar a la relación política entre el constituyente y el legislador, en el sentido que la eficacia de la Constitución no puede estar sólo en manos del legislador. Al contrario, "la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa."<sup>162</sup>

Sin embargo, basándose en estos argumentos, la Corte Constitucional de Colombia concluyó su sentencia diciendo que debido al hecho que "la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema no de generación de recursos sino de asignación de recursos y por lo tanto se trata de un problema político [...] la aceptación de la tutela para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental."<sup>163</sup>

A partir de esta sentencia, el principio de la "conexión" entre los derechos sociales y los derechos fundamentales con respecto a su control jurisdiccional, desarrollado en otros países como México (derecho a la vida) y los Estados Unidos (no discriminación), también se ha aplicado en Colombia.

En consecuencia, en esos países, cuando no exista tal conexión entre un derecho fundamental y uno social, éste último no puede ser protegido, por sí mismo, mediante una acción de *tutela* como, por ejemplo, fue el caso del derecho constitucional a tener una vivienda o habitación digna, con respecto al cual, la misma Corte Constitucional colombiana decidió que, en tal caso, "al igual que otros derechos de contenido social, económico o cultural, no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en una forma directa e inmediata su plena satisfacción."<sup>164</sup>

Estos problemas relativos a las condiciones políticas necesarias para la efectividad de algunos derechos sociales, económicos y culturales ha sido la base de la discusión, en derecho

---

<sup>162</sup> Véase Sentencia T-406 del 5 de junio de 1.992 en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, p. 61.

<sup>163</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>164</sup> Véase sentencia T-251 del 5 de junio de 1995, *Idem*, p. 486.

constitucional contemporáneo, no acerca de si esos derechos (como la educación, la salud, la seguridad social o la vivienda) tienen o no rango constitucional sino acerca de si pueden ser objeto de protección judicial constitucional, es decir, acerca de la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante acciones judiciales contra el Estado.

Fue esta misma discusión la que se planteó en Venezuela, y la cual fue considerada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No.1002 de 26 de mayo de 2004 (caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales),<sup>165</sup> en la cual la Sala Constitucional concluyó señalando que si bien los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional, sin embargo, para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos “debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo.” Además, precisó la Sala que “la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político” que “puede traducirse bien en actos o bien en políticas,” de lo que estableció la distinción de que si bien “esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos” no lo pueden ser en sus elementos “políticos” pues “las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político,” razón por la cual “esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.”

La acción de amparo decidida en la sentencia había sido intentada por la Federación Médica Venezolana en la cual impugnó “(...) *la insuficiente dotación de los insumos, equipos médicos y mantenimiento de la infraestructura hospitalaria a nivel Nacional, y en general todo lo relacionado con la salud* (...)”, pretendiendo que se ordenase judicialmente “la remisión de los recursos económicos a los centros hospitalarios, así como la inmediata asignación, ejecución y entrega del presupuesto para la adquisición de los insumos, dotación médica, equipos y materiales instrumentales a los hospitales y ambulatorios del país.”

La Sala Constitucional declaró sin lugar el amparo, considerando que con el mismo se buscaba ejercer un control de políticas públicas que consideró que no era procedente. Para llegar a esa conclusión, la sentencia comenzó por hacer un breve recuento histórico de la distinción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, estos últimos considerados como “susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas -”, concluyendo que a pesar de su complementariedad actual, el debate “sobre la distinción entre el rol de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a establecer a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos,” no se ha eliminado, pues sigue en “plena discusión la diferencia del grado de exigibilidad de las obligaciones que de esos derechos se derivan frente al Estado,” diferencia que a juicio de la Sala no es ya de orden normativo, sino sólo de orden “procesal y operacional.”

En ese contexto, sin embargo, la Sala Constitucional fue precisa en entender que de acuerdo con la Constitución de 1999, al establecerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, los mismos son susceptibles de protección mediante la acción de amparo, precisando que el asunto en discusión está en “determinar cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho” como “valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*,” que por sí misma no implica la previsión de derechos constitucionales.

De allí pasó la Sala a considerar sobre la política, que si bien los actos de la misma que se dictan “en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y

---

<sup>165</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 97-98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 143

del gasto público,” pueden ser controlados, ello sólo es posible por los órganos jurisdiccionales, “en sus elementos jurídicos” escapando al control del juez “los criterios de oportunidad y conveniencia,” pues:

“de lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la *procura existencial*, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores).”

La Sala, con ello, lo que buscó fue “recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos.” Es decir, “en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial.” De manera que “la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista.”

Pero en cuanto a la protección y control de derechos, y no de políticas públicas, lo fundamental para la Sala Constitucional es el poder llegar a “la identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales-,” para lo cual lo esencial es determinar que “esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales” y que a juicio de la Sala fue lo que por ejemplo:

“sucedió en el caso decidido por la sentencia n° 487/2001 (caso: Glenda López y otros vs IVSS), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico, o el caso decidido por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1998 (caso: Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A), o por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 13 de diciembre de 2001 (caso: Abel Peñalosa y otros vs Consejo Nacional de la Vivienda). No obstante, en este punto se debe aclarar que la identificación del contenido mínimo no puede pretender sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, sino fijar un marco básico de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado, independientemente de las políticas implementadas.

Lo expresado por la Sala en la sentencia entre control político de políticas públicas y control judicial de actos que afecten derechos constitucionales, la llevó a afirmar que : “El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales,” y

“como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social.”



Por todo ello, la Sala Constitucional concluyó que en cuanto al amparo constitucional, dada su naturaleza restablecedora, “la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales (por ejemplo, que el Estado “cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho”) no abarca esta garantía constitucional,” siendo en cambio protegibles los derechos, para lo cual es necesario que la pretensión de amparo coincida con el “único elemento identificado del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales” que es “la existencia de una relación jurídica perfectamente definida.” De todo lo cual concluyó la Sala Constitucional, al declarar sin lugar la acción de amparo que había intentado la federación Médica Venezolana contra el Ministerio de Sanidad, que

“la cuantía de los presupuestos, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política [...] eminentemente abstracta y constitutiva y, por tanto, imposible de ser objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas.”

En la República Dominicana, el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la protección de los derechos sociales en sentencia No.203 del 13 de noviembre de 2013 dictada con ocasión de una revisión de una sentencia de amparo (No. 008-2012) emanada de la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, el 31 de enero de 2012, la cual fue revocada,<sup>166</sup> dándose protección a los derechos fundamentales de igualdad, protección de las personas de la tercera edad y con discapacidad, y a la seguridad social, consagrados en los artículos 39, 57, 58 y 60 de la Constitución, y sobre los cuales el Tribunal Constitucional no había establecido criterios que permitan su esclarecimiento.

Para decidir, el Tribunal Constitucional comenzó constatando que el artículo 7 de la Constitución consagra, el Estado Social y Democrático de Derecho, “fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales,” estableciendo el artículo 8 como función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas. Además, en su artículo 57, la Constitución protege a las personas de la tercera edad”, disponiendo que “la familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad” y, asimismo, que el Estado “garantizará los servicios de la seguridad social integral”. También constató el Tribunal Constitucional que en su artículo 58, la Constitución asigna una responsabilidad fundamental del Estado en la promoción, protección y aseguramiento del “goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades”, para lo cual el Estado “adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política”. Y por último, igualmente el Tribunal Constitucional precisó que conforme al artículo 60 de la Constitución, el derecho a la seguridad social en favor de todas las personas y, en tal sentido, la responsabilidad del Estado en la estimulación de su “desarrollo progresivo (...) para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez”

Con base en todos estos principios, la sentencia No. 23 del Tribunal Constitucional comenzó por considerar que el derecho a la seguridad social “es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado;” y que el mismo, “en particular de las personas envejecientes y que sufren de alguna discapacidad, se encuentra revestido de la fuerza que aporta el texto supremo, que lo hace de cumplimiento obligatorio, máxime porque el derecho a la

---

<sup>166</sup> Véase la sentencia No. 203 del 13 de noviembre de 2013 del Tribunal Constitucional en <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200203-13%20C.pdf>

seguridad social responde también al principio de progresividad consagrado en el artículo 8 de la Constitución.”

El derecho a la seguridad social, por tanto, para el Tribunal Constitucional “constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad” sustentándose “en los principios de universalidad y solidaridad,” por lo que el mismo “puede ser reivindicado mediante la acción de amparo,” a cuyo efecto, sin embargo “los jueces deben ponderar las particularidades de cada caso concreto,” correspondiendo al accionante, para hacer valer su derecho, “acreditar su procedencia, y cumplir con los requisitos establecidos por algunas leyes particulares.”

A tal efecto, a los efectos de la garantía del derecho y de su justiciabilidad, por tanto, según lo decidido por el Tribunal Constitucional, no bastan las declaraciones constitucionales, sino que se hace necesario

“que los mecanismos creados por el constituyente y el legislador sean realmente efectivos, logren realizar los principios sobre los cuales se fundan, tales como los de eficacia, de razonabilidad y de celeridad, todos los cuales quedan vulnerados y, con ellos, la integridad de algunos derechos fundamentales, cuando, como en la especie, la administración no ha sido lo suficientemente proactiva y sensible para atender los reclamos de un trabajador que, por las condiciones propias de su existencia particular, conforman y definen prácticamente su vida.”

En definitiva, la efectividad del derecho sólo “es posible cuando se cuenta con una administración pública cuya actuación se encuentre sujeta a los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad, coordinación,” siendo además, “la eficacia en la actuación de la administración” uno de los soportes que garantizan la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Esto implica, conforme al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y según el criterio del Tribunal Constitucional, que “los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos”, lo que a su vez “exige en la mayoría de los casos un gasto público destinado a programas sociales”, y, por tanto, exige además “el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos.”

En ese marco, y cumplidos esas exigencias, según criterio del Tribunal Constitucional:

“es innegable que la tardanza innecesaria e indebida en la atención a las solicitudes de los particulares pueden constituirse en violaciones a derechos fundamentales, máxime cuando éstos derechos se encuentran íntimamente vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia digna de una persona envejeciente que, sin las atenciones mínimas, se expone a penurias y enfermedades, por lo que su atención debe ser una prioridad para el Estado.

## ***2. Algunos casos jurisprudenciales clásicos en materia de protección del derecho constitucional a la salud en América Latina***

Como se puede apreciar de lo anterior, sin duda, uno de los derechos sociales en torno a cuya protección constitucional han intervenido activamente los Tribunales Constitucionales en América Latina ha sido el derecho a la salud o más precisamente, el derecho a la protección de la salud, que está consagrado en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas, aun cuando enunciado en forma diferente.

### ***A. Los enunciados constitucionales en torno al derecho a la salud***

En efecto, algunas Constituciones se refieren a la salud como un bien público, como es el caso de El Salvador (art. 65) y Guatemala (art. 95), donde se dispone que el Estado y las personas individuales tienen el deber de atender a su cuidado y recuperación. En contraste, en otras Constituciones como las de Bolivia (art. 7, a), Brasil (arts. 6 y 196), Ecuador (art. 46), Nicaragua (art. 59) y Venezuela (art. 84), se dispone del “derecho a la salud” como un derecho constitucional e incluso como derecho constitucional “fundamental” (Venezuela, art. 83), que

corresponde por igual a todos, como también se expresa en la Constitución de Nicaragua (art. 59). Este principio de igualdad se reafirma en la Constitución de Guatemala al disponer que "El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna." (art. 93). En otras Constituciones, el derecho a la salud deriva del reconocimiento del rango constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como es el caso de Argentina (art. 75).

Ahora bien, con esta fórmula constitucional del "derecho a la salud," lo que las Constituciones han establecido es un derecho constitucional de todos a recibir protección a su salud por parte del Estado, el cual a su vez tiene la obligación, junto con toda la sociedad, de procurar el mantenimiento y la recuperación de la salud de las personas. Es el sentido por ejemplo de la previsión del artículo 61 de la Constitución de la República Dominicana de 2010 cuando al regular el "derecho a la salud," expresando que "toda persona tiene derecho a la salud integral," precisa que "en consecuencia":

"1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran."

Es por eso que otras Constituciones latinoamericanas, en lugar de referirse al "derecho a la salud," establecen de modo más preciso el derecho de las personas a "la protección de la salud", como se establece en Honduras (art. 145), Chile (art. 19, 9), México (art. 4), Perú (art. 7), y Colombia (art. 49). Esto implica, en términos generales, como se dispone en la Constitución de Panamá, que se trata de un "derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social" (art. 109). Este derecho, también declarado en la Constitución de Paraguay, implica la obligación del Estado que "protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad" (art. 68).

En consecuencia, este derecho a la salud, en el sentido de un derecho a ser protegido por el Estado, eventualmente implica el derecho de todos a tener igual acceso a los servicios públicos establecidos para cuidar de la salud del pueblo, como lo establece la Constitución de Chile, que dispone que "El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" (art. 19, 9).

Para garantizar el acceso a los servicios de salud, las Constituciones latinoamericanas establecen diferentes enunciados. Por ejemplo, la Constitución de El Salvador declara que el Estado debe dar "asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible" (art. 66). La Constitución de Uruguay establece que "El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes" (art. 44); y en Panamá, la Constitución establece que "Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos" (art. 110.5). Por su parte en la Constitución de Paraguay se dispone que "Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes" (art. 68).

En otros casos, las Constituciones sólo expresan principios generales que se refieren a las normativas que deben establecerse por la ley. Éste es el caso de la Constitución colombiana (art. 49), que dispone que el legislador "señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria;" y éste es también el caso de la Constitución mexicana, que indica que "la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud" (art. 4).

Para todas estas disposiciones constitucionales, además de los deberes de solidaridad general que se imponen a todos para procurar condiciones sostenidas de salubridad, también se imponen

una serie de obligaciones al Estado y a las entidades públicas, que eventualmente son las que determinan el alcance de su control jurisdiccional.

Por ejemplo, la Constitución panameña establece que “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República” (art. 109); y la Constitución de Guatemala establece como obligación del Estado “la salud y la asistencia social de todos los habitantes” y el “desarrollo” a través de sus instituciones de “acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social” (art. 94). La Constitución venezolana, después de declarar la salud como derecho fundamental, también dispone, como obligación del Estado, la garantía a la salud como parte del derecho a la vida (art. 83); y la Constitución hondureña establece que “el Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas” (art. 145).

En este asunto de las obligaciones del Estado con respecto a la salud, otras Constituciones contienen previsiones más detalladas, como es el caso, por ejemplo, de Panamá (art. 106) y Bolivia (art. 158, 1) con respecto a las políticas generales asignadas al Estado. La Constitución de Ecuador de 2008 en esta orientación dispuso en su artículo 32:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

En la misma orientación, la Constitución de Perú determina que “el Estado determina la política nacional de salud” (art. 9), y la Constitución de El Salvador prescribe que “El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación” (art. 65). En Nicaragua, la Constitución determina que el Estado debe establecer “las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma” (art. 59). En Brasil, el Estado tiene el deber constitucional de garantizar la salud como derecho de todos “mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación” (art. 196).

La consecuencia general de todas estas disposiciones constitucionales, que establecen la obligación del Estado de prestar servicios de salud por el derecho constitucional de las personas a que se proteja la misma, es que tales obligaciones siempre se materializan en el establecimiento de servicios de salud para las personas. Esto está expresamente dispuesto en la Constitución colombiana al declarar que “la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado” (art. 49) y en la constitución boliviana que establece que “el servicio y la asistencia sociales son funciones del Estado” y que las normas relativas a la salud pública son “de carácter coercitivo y obligatorio” (art. 164).

En todos estos casos, la consecuencia de una disposición constitucional que establezca la obligación del Estado de proteger la salud o de prestar un servicio público para cuidar la salud personal es la existencia de un derecho constitucional a recibir las prestaciones y utilizar tal servicio, lo que en consecuencia implica su justiciabilidad, es decir que, en principio, pueden ser reclamados judicialmente y opuestos frente al Estado. El tema, sin embargo, no ha tenido un tratamiento igual en América Latina.

La protección judicial del derecho a la salud, en efecto, depende del modo como las normas específicas han sido establecidas en la Constitución y en las leyes de la materia. Por ejemplo, sólo en casos excepcionales se dispone expresamente la protección judicial del derecho a la salud,

como es el caso de Perú, donde el Código Procesal Constitucional expresamente establece que el recurso de amparo puede intentarse para la protección del derecho “a la salud” (art. 37, 24). En el caso de Chile, la constitución sólo se refiere al recurso con miras a la protección del “derecho a elegir el sistema de salud” (art. 19, 9).

Aparte de estas dos disposiciones, no existen en Latinoamérica normas constitucionales o legales expresas respecto al proceso de amparo para exigir el derecho a la salud, lo que por supuesto no excluye la posibilidad de tal protección judicial, como resulta de la jurisprudencia sentada en la materia por los tribunales constitucionales, como ha sucedido por ejemplo en Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica, Chile, Venezuela y República Dominicana. En esta materia, varias tendencias se pueden distinguir, con carácter progresivo. Una primera tendencia sería, la protección de la salud como derecho colectivo, basada en el interés colectivo. Una segunda tendencia resulta de la protección del derecho a la salud en casos concretos, en relación con el derecho a la vida y cuando una relación legal particular se ha establecido o existe entre el accionante y la entidad pública que actúa en calidad de parte demandada, como la que se deriva de los programas de Seguridad Social a los que contribuye el individuo. En este caso, debido a la íntima "conexión" con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, los tribunales han rechazado también el carácter "programático" atribuido al derecho a la salud. Y una tercera tendencia sería la protección judicial limitada del derecho a la salud, sujeta a la política estatal vigente al respecto, en particular con respecto a la distribución y disponibilidad de fondos públicos..

#### **B. La protección del derecho a la salud como derecho colectivo**

La primera tendencia de la protección constitucional del derecho a la salud se basa en su consideración como un derecho colectivo, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 12,1 dispone que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y en consecuencia, según el art. 12, 2, c, se prescribe que los pasos que deben seguir los Estados Partes para lograr la plena realización de este derecho incluyen los necesarios para “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.”

En Argentina, la Constitución (art. 75, 22) ha dado rango constitucional al Pacto Internacional y, en consecuencia, el derecho colectivo a la salud ha sido aplicado por los tribunales. Éste fue el caso de una acción de amparo decidida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, el 2 de junio de 1998 (*Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ caso Acción de Amparo*), que fue intentado como una acción colectiva de amparo por Mariela Viceconte para obligar al Estado a producir la vacuna *Candid 1*, basada en su propio derecho a la salud y el de otros millones de personas expuestas al contagio con “Fiebre Hemorrágica Argentina.”

La accionante alegó específicamente la violación de la obligación de prevenir, tratar y combatir enfermedades epidémicas y endémicas, según el artículo 12, 2, c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Cámara de Apelaciones concluyó que la omisión del estado en disponer la producción de la vacuna era una violación del derecho a la salud bajo ese artículo del Pacto. Por tanto, la Cámara sentenció que el estado tenía la obligación de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin dilación con un cronograma previamente diseñado para tal propósito por el Ministerio de Salud. La Cámara también pidió al Defensor del Pueblo que supervisara ese cronograma.<sup>167</sup>

---

<sup>167</sup> Véase la referencia en M. Claudia Caputi, "Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales" en *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

### C. *La protección del derecho a la salud en relación con el derecho a la vida y las obligaciones de la seguridad social*

La segunda tendencia de la protección judicial del derecho a la salud mediante la acción de amparo, se refiere a su protección en situaciones particulares derivadas de las obligaciones específicas, por ejemplo del Seguro Social, con respecto a las personas aseguradas.

Por ejemplo, se puede mencionar la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia n° 487 del 6 de abril de 2001 (caso *Glenda López y otros vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*), por la que se protegió a una persona infectada con VIH/SIDA y quien había intentado una acción contra el Instituto de los Seguros Sociales, obligando a dicho instituto a suministrar atención médica al accionante, para lo cual el Tribunal consideró el derecho a la salud o a la protección de la salud como parte integral del derecho a la vida, establecido en la Constitución como derecho fundamental cuya satisfacción corresponde básicamente al Estado a través de acciones tendientes a elevar la calidad de la vida de los ciudadanos y al beneficio colectivo.<sup>168</sup>

Esta conexión entre el derecho a la salud y otros derechos fundamentales, tal como el derecho a la vida que se puede exigir de modo inmediato por medio del amparo, también es la tendencia seguida por los tribunales en Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú.

En Colombia, como se dijo antes, la Constitución no incluye el derecho a la salud o a la protección de la salud en la lista de los "derechos fundamentales" que son los únicos protegidos por la acción de *tutela*. Sin embargo, la Corte Constitucional, para asegurar su protección judicial, ha aplicado el principio de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la vida. Éste fue el caso en la sentencia n° T-484/92 del 11 de agosto de 1992, emitida al revisar una sentencia de *tutela* de un tribunal inferior, que había sido intentada contra el Instituto de los Seguros Sociales. El accionante en el caso, también contagiado de VIH/SIDA, argumentó que se había contagiado mientras estaba cubierto por el programa de Seguridad Social. El accionante obtuvo una decisión favorable del Juzgado de Primera Instancia que ordenó al Instituto continuar suministrando los servicios de salud que el accionante había estado recibiendo, y el Tribunal Constitucional, al revisar el caso, afirmó que "La salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, "física" o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (C.N., art. 13)."

Al considerar el derecho a la salud como un derecho que "busca el aseguramiento del fundamental derecho a la vida (C.N., art. 11)," la Corte constitucional decidió que, debido a su naturaleza asistencial, "impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público ... con miras a su protección efectiva."<sup>169</sup> La Corte, con respecto al caso específico del accionante contagiado con VIH/SIDA que recibió tratamiento de los servicios de salud del Instituto de Seguros Sociales, ratificó la decisión de *tutela* del juzgado inferior, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, la protección del derecho a la salud era la condición para la protección de su derecho fundamental a la vida.

En un caso similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, n° 2003-8377 del 8 de agosto de 2003,<sup>170</sup> al decidir un recurso de amparo presentado por el Defensor del Pueblo actuando por una menor agraviada (*Tania González Valle*) contra la Caja Costarricense del Seguro Social por negarse al tratamiento solicitado para una enfermedad específica (conocida como Gaucher tipo 1), argumentó que tal negativa "lesiona el derecho a la vida y a la salud de la menor" quien requería la medicina prescrita para "mantener su vida." La

<sup>168</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 139-141.

<sup>169</sup> Archivo N° 2.130, caso *Alonso Muñoz Ceballos*. v. en el mismo sentido, Sentencia T-534 de 24 de setiembre de 1.992, en Manuel José Cepeda, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001, pp. 461 ss.

<sup>170</sup> Archivo 03-007020-0007-CO, caso *Tania González Valle*.

Sala Constitucional, después de referirse al derecho a la vida protegido en decisiones previas que se basaban en la disposición de la constitución (art. 21) que establecen la inviolabilidad de la vida humana, concluyó derivando “el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, siendo en definitiva al Estado a quien le corresponde velar por la salud pública... (Nº 5130-94 de 17:33 horas el 7 de setiembre de 1994).” La Sala también se refirió a “la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de [la sociedad, los cuales son] de obligada tutela para el Estado, [estando presentes] no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país.”<sup>171</sup>

En consecuencia, debido a las responsabilidades del Estado derivada de estas disposiciones, al analizar la misión y funciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, la Sala consideró, como había declarado en sentencia previa (nº 1997-05934 del 23 de septiembre de 1997), “que la denegatoria de la Caja Costarricense de Seguro Social a suministrar a los pacientes de Sida la terapia antirretroviral, lesionaba sus derechos fundamentales.” Divergiendo de esta afirmación, al analizar el caso particular de la menor con enfermedad de Gaucher, la Sala determinó que no estaba recibiendo el tratamiento prescrito debido a los limitados recursos financieros de la Caja de Seguro Social y concluyó que, aunque el costo de las medicinas prescritas era sin duda oneroso, sin embargo, debido a las características excepcionalmente letales de la enfermedad y a la imposibilidad de sus padres de cubrir los costos de la prescripción, confirmaba el recurso y ordenaba a la Caja de Seguro Social a proveer de inmediato la medicación específica en las condiciones prescritas por su médico<sup>172</sup>.

En Perú, el Tribunal Constitucional, en sentencia del 20 de abril de 2.004, también protegió el derecho a la salud al decidir un recurso extraordinario de revisión intentado contra una decisión de amparo pronunciada por la Corte Superior de Justicia de Lima. Este último había concedido parcialmente la protección del amparo intentada contra el estado peruano (Ministerio de Salud), ordenándole proveer al accionante, también una persona infectada con VIH/SIDA, “atención médica integral [...] la que deberá consistir en a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA [...] y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas [...]. a solicitud del médico tratante.”<sup>173</sup> El Tribunal Constitucional, refiriéndose a los derechos protegidos por medio de la acción de amparo, aun admitiendo que “el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2º de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales,”<sup>174</sup> concluyó –refiriéndose a la doctrina de la corte colombiana– que en “que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a

---

<sup>171</sup> En particular, la sentencia hacía referencia al art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 14 y 26 de la Convención de Derechos de los Niños (Ley Nº 7.184 del 18 de julio de 1.990).

<sup>172</sup> El Tribunal argumentó como sigue: "Este Tribunal es consciente de que los recursos económicos del sistema de seguridad social son escasos, sin embargo considera que el desafío principal que la Caja Costarricense de Seguro Social enfrenta en esta etapa de su desarrollo institucional, en el que se han logrado para Costa Rica estándares de calidad de vida y salud comparables a los de los países desarrollados, radica en optimizar el manejo de los recursos disponibles, disminuir costos administrativos, para que los recursos del sistema de seguro de salud sean invertidos eficientemente. La Sala aprecia que el medicamento prescrito a la amparada es ciertamente muy oneroso, sin embargo, en atención a las características excepcionales de la enfermedad que sufre, que es letal y dado que se ha descartado que sus padres tengan la posibilidad de colaborar en la adquisición de los medicamentos mediante estudios de trabajo social, con fundamento en los artículos 21 y 173 de la Constitución Política y 24 y 26 de la Convención de los Derechos del Niño procede declarar con lugar el recurso. La estimación del recurso implica que la Caja Costarricense de Seguro Social debe suministrar de inmediato a Tania González Valle el medicamento "Cerezyme" (Imuglucerase) en los términos prescritos por su médico tratante." Archivo 03-007020-0007-CO, caso *Tania González Valle*.

<sup>173</sup> Archivo Nº 2945-2003-AA/TC, caso *Azanca Alhelí Meza García*.

<sup>174</sup> Desde 2.004, el derecho a la salud está establecido en el Código Procesal Constitucional, como uno de los derechos expresamente protegidos por la acción de amparo (art. 37, 24).

la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N° T- 499 Corte Constitucional de Colombia)."<sup>175</sup>

También en Argentina, la Corte Suprema de la Nación, en sentencia del 12 de diciembre de 2.003 (caso *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*), reconoció la acción de amparo como el medio judicial más efectivo para ser ejercitado de modo inevitable "para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud."<sup>176</sup>

#### ***D. La protección limitada del derecho a la salud y los recursos financieros del Estado***

La tercera tendencia referente a la protección de los derechos humanos es una restringida o limitada y en la cual el control jurisdiccional del derecho a la salud (también respecto al tratamiento del VIH/SIDA) se subordinó completamente a la disponibilidad real de recursos financieros suficientes; como fue el caso de algunas decisiones de los tribunales chilenos en 2000/2001.

En un caso, la acción de protección fue interpuesta contra el Ministerio de Salud por no prestar tratamiento médico a un grupo de pacientes con VIH/SIDA, argumentando que era una violación del derecho a la vida y al de igualdad ante la ley. El accionante exigía ser tratado con la misma terapia que se daba a otros pacientes con VIH/SIDA, que el Ministerio negaba argumentando que carecía de suficientes recursos económicos para atender a todos los pacientes con VIH/SIDA en Chile. El Tribunal de Apelaciones de Santiago determinó que la obligación del Ministerio de Sanidad, según la Ley que regula las disposiciones sobre salud (Ley n° 2763/1979), era la de proveer cuidados de salud según los recursos disponibles, y consideró que la explicación del Ministerio era razonable, y que existía un déficit de recursos económicos para proveer el mejor tratamiento disponible a los accionantes. La sentencia fue confirmada más adelante por la Corte Suprema.<sup>177</sup>

En otro caso de 2.001, el mismo Ministerio de Salud fue demandado por las mismas razones por pacientes con VIH en condiciones más críticas y, aunque la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció en favor de los accionantes y ordenó al ministerio que les proveyera inmediatamente con el mejor tratamiento disponible, la Corte Suprema revocó la sentencia, alegando que el ministerio había actuado conforme a la ley.<sup>178</sup>

#### ***E. La protección reforzada del derecho a la salud y la definición de políticas públicas por parte del juez constitucional***

En contraste con la aproximación restringida y limitada del juez constitucional venezolano, más recientemente, en una tendencia de revalorizar el derecho a la salud, en Colombia, incluso a pesar de la aparente limitación de la tutela sólo respecto de los declarados como "derechos

---

<sup>175</sup> Considerando la naturaleza de los derechos económicos y sociales, como es el caso del derecho a la salud, que siempre origina obligaciones estatales dirigidas a prestar asistencia social, el Tribunal Constitucional peruano en la misma sentencia alegaba que el derecho a la salud, así como todos los llamados "*prestacionales*" (que implica hacer una prestación de algo), como la seguridad social, la salud pública, la vivienda, la educación y otros servicios públicos, constituye una de "los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación." Las personas pueden entonces "exigir" el cumplimiento de las obligaciones del estado al "requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales". Sin embargo, el Tribunal reconoció que "no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución." Archivo N° 2945-2003-AA/TC, caso Azanca Alhelí Meza García.

<sup>176</sup> Véase Fallos: 326: 4931; y la referencia en M. Claudia Caputi, "Reseña jurisprudencial. La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales," en la *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, N° 2, Goberna & Derecho, Guayaquil, 2006, pp. 145–164.

<sup>177</sup> Véase referencia en Javier A. Curso, "Judicialization of Chilean Politics" en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angeli (Ed.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, pp. 119–120.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 120.



fundamentales” en la Constitución (donde no está el derecho a la salud), la Corte Constitucional lo ha considerado como tal, al estar vinculado o conexo con el derecho a la vida, y ha llegado incluso a definir una política judicial de protección reforzada, no limitándose a ejercer un control por vía negativa respecto de las decisiones adoptadas por la administración, sino que ha desarrollado un papel activo de control.

En esta tendencia se destaca la sentencia No. 760 de 2008<sup>179</sup> en la cual la Corte Constitucional no se limitó a decidir sobre el caso concreto relativo a un tema de protección a la salud y seguridad social, sino que entró a tomar decisiones de carácter general y abstracto con influencias directas en la política pública del Ejecutivo, pues la sentencia impartió órdenes concretas para la Administración. La mencionada sentencia, en efecto, ordenó “a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud,” los cuales además, ordenó que debían “unificarse,” y además, ordenó que en dicha revisión se debía “definir con claridad qué se encuentra incluido, qué no está incluido y qué se encuentra excluido de los planes de beneficios, teniendo en cuenta los criterios de interpretación del Plan Obligatorio de Salud adoptados por la Corte, es decir, el principio de integralidad y el principio *pro homine*.”<sup>180</sup>. En este caso, como lo destacó Juan Carlos Heerao,

“el juez exige de la administración que modifique y actualice la regulación existente sin una norma de origen legal que obligue al ente regulador en ese sentido. En principio, el juez no podría dar la orden de poner en movimiento el aparato administrativo para regular, de no ser por la interpretación que estamos ilustrando del principio de juridicidad. Solo la existencia de un derecho fundamental, y la dimensión objetiva del mismo, permiten legítimamente que el juez exija que la administración actúe.

El control más fuerte no se reduce solo a exigir la actuación de la administración, sino que, además de ello, se dan unas pautas generales para que la administración diseñe la política de incrementar los derechos constitucionales fundamentales.”<sup>181</sup>

Por ello, en la sentencia, la Corte Constitucional de Colombia, ordenó al ente regulador (Comisión Nacional de Regulación de la Salud):

“(i) Establecer cuáles son los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (ii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión en aras de una mayor protección del derecho según las prioridades de la salud, y (iii) tener en cuenta para las decisiones de incluir o excluir un servicio, la sostenibilidad del sistema de salud y la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.”<sup>182</sup>

Y además, la Corte no sólo le ordenó al ente regulador establecer la actualización de los planes Obligatorios de Salud al menos una vez al año, sino que en su sentencia estableció mecanismos de control al exigirle la presentación de un informe ante la defensoría del Pueblo y la Procuraduría general de la reubica los resultados del cumplimiento de las órdenes impartidas.

New York, noviembre de 2014

---

<sup>179</sup> Véase las referencias en Juan Carlos Henao, Estado Social y Derecho Administrativo,” en Alberto Montana Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón, *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad externado de Colombia, Bogotá 2014, p. 165

<sup>180</sup> Idem, pp. 190 ss.

<sup>181</sup> Idem, p 193

<sup>182</sup> Idem, p 194