

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: ¿LEGISLADOR POSITIVO?

Tania Sofía Palma Arias
Rafael Esteban Rodríguez Manjarrés
Nerlys Salas Rodríguez

Resumen

Los autores de este trabajo analizan la acción pública de inconstitucionalidad, y su procedencia ante la llamada inconstitucionalidad por omisión relativa del legislador, limitándose a estudiar las sentencias aditivas de la Corte Constitucional Colombiana, tomando como referencia diez providencias de constitucionalidad, en donde se escudriña el tema del legislador positivo y del papel activo que juega actualmente nuestro máximo tribunal constitucional en la modulación del efecto y alcance de las normas jurídicas. Así mismo se estudia el mismo tema desde la óptica de la doctrina española y desde el tribunal constitucional italiano, que tiene amplia experiencia en la expedición de sentencias manipulativa aditivas.

Palabras clave

Acción Pública de Inconstitucionalidad, Legislador Positivo, Modulación de sentencias, Corte Constitucional.

Introducción

Con este artículo, se pretende determinar si la Corte Constitucional Colombiana, en desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad, al proferir sentencias integradoras aditivas, se convierte en legislador positivo, para lo cual se parte de estudiar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en el caso de omisiones relativas del legislador, y la producción de sentencias aditivas como herramientas para subsanar dichas falencias del congreso.

En este sentido, se hará en primer lugar, un estudio teórico sobre la acción pública de inconstitucionalidad, sus generalidades, características y procedencia; posteriormente se tratará el tema de las omisiones legislativas y la sentencia aditiva, analizando para el caso 10 providencias de constitucionalidad, para culminar en el tema de la Corte Constitucional como legislador positivo. Finalmente se estudiará el problema jurídico desde el derecho

comparado, para lo cual se mirará el Tribunal Constitucional Italiano y la doctrina española.

Bajo este contexto, se presenta un artículo en el cual se recopilan sendas decisiones de la Corte Constitucional Colombiana y del tribunal Constitucional Italiano en donde se depura la técnica de las sentencias aditivas, matizado con algunos conceptos desarrollados por los tratadistas españoles, que han estudiado el tema de las sentencias integradoras, como instrumento del principio de conservación del derecho.

Para la realización de este trabajo utilizamos herramientas de internet como google académico, google book, google Italia, las páginas scielo, dialnet, giurcost.org y www.cortecostituzionale.it¹, y fue de insuperable ayuda la biblioteca virtual de la Universidad Sergio Arboleda, que nos permitió acceder a lexbase² y ebrary.com.

La acción pública de inconstitucionalidad

La Corte Constitucional en sentencia C-932 de 2004, la definió de la siguiente forma:

*“El sistema constitucional colombiano consagra como principal mecanismo para el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto la acción de inconstitucionalidad, que otorga a todo ciudadano en ejercicio la facultad de acusar ante el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, normas de inferior jerarquía que se estiman contrarias al ordenamiento superior, a fin de que sean declarados inexecutable mediante una providencia que hace tránsito a cosa juzgada constitucional. (...) El ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la Jurisdicción Constitucional, contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional como quiera que su misión es que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material. En este sentido, **la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la efectividad del principio fundamental de supremacía de la Constitución**, debiendo ser ésta la única motivación del ciudadano, que en desarrollo del deber contenido en el numeral 5 del artículo 95 Superior acude a la jurisdicción constitucional en ejercicio del derecho político a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución”.* (negritas nuestras).

La acción Pública de Inconstitucionalidad es un mecanismo de origen constitucional con que cuentan los ciudadanos para impugnar ante la Corte Constitucional los actos y leyes relacionados en el artículo 241 de la Carta Magna, cuyos apartes pertinentes nos permitimos transcribir:

¹ Donde encontramos las sentencias de constitucionalidad italianas.

² Donde hallamos las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación

(...)”.

Así mismo, la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional procede contra los Decretos con fuerza de ley expedidos con base en el artículo 341 de la Constitución Política, y que tratan sobre el Plan Nacional de Inversiones.

También procede esta acción en contra de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento las facultades extraordinarias, que le otorgan los artículos transitorios de la Constitución Política, sobre el particular el artículo 10 transitorio señala:

“ARTÍCULO TRANSITORIO 10. Los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los anteriores artículos tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional”.

Finalmente aunque de manera controversial, la Corte Constitucional tiene Competencias especiales o atípicas en materia de control abstracto de constitucionalidad, las cuales compiló en la sentencia C-049 de 2012, sobre los siguientes decretos y actos:

1. Decretos con fuerza de ley expedidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.
2. Decretos compilatorios de leyes.
3. Decretos que declaran un estado de excepción -artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución Política.
4. Decretos expedidos con ocasión del ejercicio de facultades conferidas por disposiciones transitorias de la Constitución que no preceden al artículo 10 de tales normas.
5. Decretos que corrigen yerros en determinadas disposiciones con fuerza de ley.

6. Decreto de ejecución de la convocación de un Referendo constitucional.
7. Acto de autoridad electoral de determinación del censo electoral, en el marco de la reforma constitucional por vía de referendo.
8. Acto de la autoridad electoral de declaración de aprobación de un Referendo constitucional.
9. Actos de particulares gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley convocatoria de un Referendo constitucional.
10. Decretos que convocan a sesiones extraordinarias al Congreso de la República.
11. Decretos y las resoluciones adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto en un acto legislativo.
12. Acuerdos internacionales simplificados que se ocupan de regular materias propias de un tratado internacional.

Como características de esta acción podría señalarse, que es pública, pues puede interponerla cualquier ciudadano, que debe mediar solicitud de parte, no es oficiosa, es in tempore, pues puede presentarse en cualquier momento, a menos que se trate de una acción por vicios de forma que tiene un término de caducidad de un 1 año.

Finalmente hay que señalar que de acuerdo al artículo 243 de la Constitución, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, además tienen efectos erga omnes.

Respecto de los requisitos de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad el máximo órgano de la jurisdicción Constitucional en la Sentencia C-1052 de 2001, precisa que en dicha demanda el actor constitucional deberá incluir “las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución”; que “el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto”; y que el “juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política”.

Por otro lado, la demanda debe contener unos mínimos argumentativos, que fueron analizados por la Corte, en la sentencia C-243/12, de la siguiente forma: “Las razones en que sustenta la demanda deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. 1. La claridad de la demanda se predica de aquella que tiene una coherencia argumentativa tal que le permita a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación..... 2. La certeza de las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad, tiene que ver con que los cargos se dirijan contra una

proposición normativa “real y existente”. Esto es, que esté efectivamente contenida en la disposición acusada y no sea inferida por el demandante, implícita o construida a partir de normas que no fueron objeto de demanda. La certeza exige que la norma que se acusa tenga un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto. 3. El requisito de especificidad hace referencia a que la demanda contenga al menos un cargo concreto contra las normas demandadas. En este orden de ideas, se oponen a la especificidad los argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”. 4. La pertinencia de los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad está relacionada con que el reproche formulado por el peticionario sea de naturaleza constitucional, y no fundado solamente en consideraciones legales y doctrinarias..... 5. Por último, la suficiencia se predica de las razones que guardan relación, por una parte, “con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche” y, por otra parte, con el alcance persuasivo de los argumentos de la demanda que, “aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

Demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa

Para la prosperidad de la acción pública de inconstitucionalidad, la demanda tiene que cumplir con las siguientes exigencias básicas: debe existir una norma de la cual se pueda predicar el cargo, y un deber constitucional específico del legislador de regular el tema.

De esta situación se colige que la acción pública de inconstitucionalidad no procede ante las omisiones absolutas del legislador, pues al no existir norma legal que se pueda comparar con el texto de la Constitución, es imposible hacer el juicio de constitucionalidad o el control abstracto de constitucionalidad, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia su competencia para conocer de omisiones legislativas relativas, por cuanto éstas tienen efectos jurídicos susceptibles de presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores³.

³ Sentencia C-690/96

En sentencia C-185/02, la Corte Constitucional señala que la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, impone al actor demostrar lo siguiente:

“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.”⁴

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, ha introducido el principio de conservación del derecho, conforme al cual *“es deber de la Corte procurar mantener el orden normativo adoptado por el legislador, como reconocimiento y desarrollo del principio democrático, de manera que el juez constitucional asume una posición limitada frente al legislador”⁵*; y a fin de garantizar dicho principio ha acudido a la teoría de las sentencias moduladas, sean condicionadas o interpretativas, aditivas o integradoras, o sentencias sustitutivas⁶. Este tipo de sentencias tiene una incidencia directa en la Constitucionalización del derecho.

En este trabajo nos ceñiremos a tratar el tema de las sentencias aditivas, por ser el límite de nuestro estudio.

La sentencia aditiva

La sentencia aditiva es un tipo de decisión por medio de la cual, la Corte Constitucional, en virtud del principio de conservación del derecho, y en atención a la supremacía de la Constitución, como norma de normas, agre-

⁴ Sentencia C-185 de 2002, MP, Rodrigo Escobar Gil.

⁵ MODULO DE FORMACION JUDICIAL. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. AUTOR: HENRIK LOPEZ STERUP. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. 2011.

⁶ Clasificación empleada por el doctor KENNIER JOSE GARAY HERAZO, en el artículo titulado LAS MODULACIONES DE CONTENIDO O SENTENCIAS MANIPULATIVAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. UNA TIPOLOGÍA MEDIADA POR LA DISTINCIÓN ENTRE ENUNCIADO NORMATIVO Y NORMA. Tomado de la página <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/>

ga “un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política”⁷.

Las sentencias aditivas es una forma de decisión ante la existencia de una omisión legislativa relativa. La Corte Constitucional hace un análisis sobre este punto en la Sentencia C-1230 de 2005, en la cual indica:

“Frente a la existencia de omisiones legislativas relativas detectadas en el juicio de inconstitucionalidad, esta Corporación ha señalado que una manera legítima de remediarlas es acudiendo al expediente de las llamadas ‘sentencias integradoras’ y dentro de ellas a las denominadas ‘sentencias aditivas’, las cuales se caracterizan por producir una extensión o ampliación del contenido normativo examinado, sin el cual la disposición que se revisa resultaría inconstitucional.

Las sentencias integradoras en general y aditivas en particular, lo ha señalado la Corte, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad. Por su intermedio se busca, entonces, mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador”.

En este sentido, ante la omisión legislativa relativa del Congreso, la Corte Constitucional a través de las sentencias aditivas, entra a suplir la deficiencia normativa, modificando el orden jurídico; aspecto con el cual podría estar extralimitándose en sus funciones como legislador negativo.

A continuación presentamos diez sentencias aditivas escogidas dentro de los más de 20 años de vigencia de nuestra Honorable Corte Constitucional.

Sentencia C-109 de 1995

En la sentencia C-109 de 1995, la Corte Constitucional estudia la constitucionalidad del Artículo 3º (parcial) de la Ley 75 de 1968, que dice:

“El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

1o) Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

2o) Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el título 10 del libro 1o. del Código Civil,

⁷ Sentencia C-1037 de 2003.

la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor.

3o) Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de diez y seis años de edad, por el trámite señalado en el artículo 14 de esta ley, con audiencia del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubieren muerto ellos, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el juez civil competente, por la vía ordinaria.

Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuya a una mujer casada, salvo en los tres casos señalados en el presente artículo.”

En este caso la accionante Marcela Barona Montua, demanda el aparte sustrayado del artículo transcrito, al considerar que dicha norma atenta contra la carta magna, pues consagra un tratamiento legal discriminatorio respecto a los llamados hijos “adulterinos”, ya que establece una causal única y restrictiva para que éstos puedan impugnar la presunción de paternidad que establece la ley.

En esta providencia nuestro máximo tribunal constitucional encontró que la regulación en general no es compatible con la Constitución, puesto que viola el núcleo esencial del derecho del hijo a reclamar su verdadera filiación, ya que la causal no cubre todas las hipótesis razonables en las cuales sería constitucionalmente legítimo que el hijo pudiera acudir a los tribunales a impugnar la presunción de paternidad; sin embargo determina que la norma demandada no es inenquible, sin embargo advirtió una omisión legislativa que si genera inconstitucionalidad, pues constituye la única causal con la que cuenta actualmente el hijo para impugnar la presunción de paternidad, con lo cual se viola el principio de igualdad y su derecho constitucional a reclamar una filiación verdadera; de esta forma acude a la figura de la sentencia aditiva a fin de declarar que la expresión acusada es constitucional, siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, el hijo de mujer casada cuenta otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890⁸.

⁸ Sentencia C-109/95 PARTE RESOLUTIVA.

En este caso se puede notar como la Corte Constitucional pasa de ser legislador negativo a positivo, pues en su labor como garante de la Constitución, no se limita a declarar la constitucionalidad de la norma atacada, sino que agrega ingredientes normativos, para extender las causales de impugnación de la presunción de paternidad con lo cual invade la órbita funcional del legislador.

Sentencia C-228 de 2002

En esta providencia se demanda el Artículo 137 de la Ley 600 de 2000, por cuanto el actor considera que la ley concede al sindicato “la libertad de actuar directamente en la defensa de su causa, de suerte que está facultado para aprehender directamente el expediente del sumario, y no obligatoriamente a través de abogado”, mientras que impone al denunciante o al perjudicado, “quien adquiere el apelativo de parte civil”, el deber de actuar por intermedio de apoderado judicial, lo cual viola el principio de igualdad, “coloca a la parte civil en situación de desventaja y deja al denunciante o al perjudicado en manos de abogados inescrupulosos”.

En dicha providencia la Corte Declarara exequible el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos expuestos en dicha sentencia, así mismo Declaró EXEQUIBLE el artículo 30 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que las víctimas o los perjudicados, una vez se hayan constituido en parte civil, pueden acceder directamente al expediente.

La corte consideró que La víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, tales como sus derechos a la verdad y a la justicia, lo que justifica plenamente su intervención en la etapa de investigación previa.

En este caso la corte amplió las facultades de la parte civil para intervenir en el proceso penal, y lo pudo hacer dictando una sentencia integradora aditiva, por la cual mantuvo en el ordenamiento jurídico la norma acusada, y le agregó elementos normativos a fin de hacerla viable constitucionalmente.

Sentencia C-004 de 2003

En la providencia C-004 del 20 de enero de 2003, se demanda el artículo 220 numeral 3° parcial de la Ley 600 de 2000, que indica:

“ARTÍCULO 220. Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

(...)

3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

(...)”

El actor demanda la parte subrayada de este artículo, al considerar que viola el principio de igualdad, pues la acción de revisión no sólo debe operar para lograr la póstuma absolución del condenado al demostrarse su inocencia o inimputabilidad al acreditarse nuevos hechos o pruebas; sino también para lograr su condena o agravar la pena impuesta o imponer una mayor indemnización a favor de las víctimas.

En dicha sentencia la Corte declaró exequible la norma demandada, en el entendido de que, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Así mismo determinó que procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

“Era entonces necesario que la ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y por graves afectaciones al derecho internacional humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el artículo 220 del C de PP, que regula las causales de revisión, no prevé esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto, que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario”.

De esta forma, la corte hace uso de la sentencia integradora aditiva para incorporar en el orden jurídico, en este caso, en la Ley 600 de 2000, los mandatos constitucionales, con lo cual llena el vacío legislativo con nuevos contenidos normativos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario.

Sentencia C-1126/04

Las accionantes Carol Melissa Caipa Rueda y Janneth Vargas Beltran presentan demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 (parcial) del Decreto 611 de 1977, específicamente las expresiones “cónyuge”, “al cónyuge”, “a falta de cónyuge” y “cónyuge” contenidas en el inciso primero y los literales a, b y c, respectivamente, de la norma acusada; por cuanto consideran que la norma cuestionada al hacer referencia exclusivamente al cónyuge “denota una clara discriminación” al no incluir a la compañera o compañero permanente como posible beneficiario de la pensión de sobreviviente⁹.

La norma demandada es el artículo 34 del Decreto 611 de 1977, que señala:

“Artículo 34. Transmisibilidad de pensión. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge en forma vitalicia y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez que dependieren económicamente del causante, tendrá derecho a percibir la respectiva pensión en la siguiente proporción:

- a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los hijos por partes iguales.
- b) A falta de cónyuge, la pensión se dividirá entre los hijos por partes iguales.
- c) A falta de hijos menores, la pensión corresponderá en su totalidad al cónyuge sobreviviente.

Parágrafo 1° Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no vive unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad y cesar la incapacidad.

Parágrafo 2° Habrá derecho a acrecer cuando falte uno de los dos órdenes o se extingan su derecho. Lo mismo sucederá entre los hijos.

Parágrafo 3° A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto – ley 3135 de 1968 y del Decreto-ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y en la Ley 12 de 1975”.

⁹ Sentencia C-1126/04.

La Corte considera que la norma demandada, excluye al compañero o a la compañera permanente del derecho a la pensión de sobrevivientes, lo cual contraría los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución, no obstante se abstiene de declararla inexecutable, por cuanto *“declarar inconstituciones las expresiones que comportan una discriminación dejaría sin sentido la norma y, además, privaría al cónyuge del derecho en ellas reconocido”*.

Para resolver esta cuestión, la Corte se decide por incluir dentro del ámbito de protección de la norma a los sujetos excluidos, con lo cual no sólo elimina la discriminación, sino que también conserva la norma dentro del ordenamiento jurídico, para ello, profiere una sentencia aditiva, en la impone el condicionamiento de que la norma es executable siempre que se entienda que comprende también al compañero o compañera permanente.

Así las cosas en esta providencia la Corte reitera la supremacía de la Constitución y de que sus postulados irradian todo el ordenamiento jurídico, razón por la cual con la adición realizada a la norma jurídica mediante la sentencia C-1126/04, constitucionalizó el artículo 34 del Decreto 611 de 1977.

Sentencia C-1230 de 2005

En la sentencia de constitucionalidad 1230 de 2005, se demanda el artículo 4 de la ley 909 de 2004, con el argumento de que la norma acusada afecta la competencia constitucional de la Comisión Nacional del Servicio Civil, teniendo en cuenta que conforme al artículo 130 de la Constitución, a dicha Comisión corresponde la administración y vigilancia de la carrera administrativa común; pero que en el numeral 3° de la norma demandada, se reduce y limita la competencia de la Comisión a la vigilancia de los sistemas específicos de carrera administrativa, excluyendo la función de administración que constitucionalmente le fue atribuida.

La decisión de la Corte en este caso, fue declarar executable, el numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando se entienda que la administración de los sistemas específicos de carrera administrativa también corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en otras palabras, aceptó los argumentos del actor constitucional, pero no declaró la inconstitucionalidad de la norma demandada, sino que la conservó dentro del ordenamiento jurídico, adicionándole ingredientes normativos nuevos que la hicieran concordante con la Constitución Política.

En la sentencia estudiada la Corte se refirió al tema de las sentencias aditivas de la siguiente forma:

“Las sentencias integradoras en general y aditivas en particular, lo ha señalado la Corte, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la

Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad. Por su intermedio se busca, entonces, mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador”¹⁰.

Este tipo de decisiones de la Corte si bien pretenden integrar el orden legal con el constitucional, también se tornan controversiales por cuanto tienden a inmiscuirse en la competencia del legislador.

Sentencia C-454 de 2006

En la sentencia C-454 de 2006, la Corte decide acerca de la constitucionalidad de los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004, debiendo determinar si las normas acusadas, que concurren a integrar el régimen de protección de los derechos de las víctimas en el proceso penal, son acordes con la Carta Política.

En dicha providencia la Corte concluyó lo siguiente:

“Encuentra la Corte que efectivamente la norma demandada incurre en una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (Art.229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales. La inconstitucionalidad de la omisión que se acusa deriva de la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) La norma efectivamente incurre en una omisión que excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto fáctico. En efecto, mientras se prevé la posibilidad de que la fiscalía, la defensa, y aún el ministerio público, en una fase posterior, formulen solicitudes probatorias, se excluye al representante de las víctimas de esa misma posibilidad. (ii) No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión del representante de las víctimas de la posibilidad de ejercer el derecho a formular solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria. El modelo procesal que la ley configura considera a la víctima como un “interviniente” (Título IV), al que se le deben garantizar todos los derechos que la Constitución le reconoce, como son el derecho a acceder a la justicia, (Art.229 CP), con sus derivados de acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación, a los que se integra de manera inescindible el derecho a probar. (iii) Por carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión genera una desigualdad injustificada entre víctima y acusado, a quienes cobija por igual una concepción bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva. (iv) La omisión

¹⁰ Sentencia 1230/05.

entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la audiencia preparatoria, en los términos que se lo impone el artículo 250.6 de la Carta, en concordancia con los artículos 29, 229 de la misma”.

En este sentido resolvió declarar exequible los artículos demandados, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, además que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

De esta manera nuestro máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, agregó un ingrediente normativo dentro de los artículos demandados, dándole un papel relevante a la víctima dentro del proceso penal, equiparándolo a la fiscalía y a la defensa, lo cual no es un simple condicionamiento al sentido de la norma, sino una verdadera adición.

Sentencia C-748 de 2009

En la sentencia C-478 de 2009, se demanda el Artículo 206 (parcial) del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), que establece “en el caso de los Magistrados de los Tribunales... se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario...”.

Si se lee detenidamente esta norma no menciona en ninguno de sus apartes a los magistrados auxiliares de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura y a los magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y para el máximo Tribunal Constitucional esta omisión constituía una clara la violación del derecho a la igualdad, debido a que sin razón aparente excluyó unos cargos que son equiparables en material salarial y prestacional, creando una situación de desigualdad respecto de la aplicación del beneficio tributario.

En este caso, a fin de resolver el problema jurídico planteado la Corte Constitucional opta por no declarar la inconstitucionalidad del precepto acusado, puesto que en sí misma no viola la constitución, además que de declararse inexecutable generaría una indeterminación normativa de peores consecuencias; por tal razón al existir una omisión legislativa relativa, (consistente en no incluir a los magistrados auxiliares) condicionó la exequibilidad del precepto acusado, a que se entendieran incluidos los cargos de magistrados auxiliares.

Sin embargo, en la sentencia estudiada, la corte no sólo hace un mero condicionamiento de la norma demandada, pues realiza una verdadera adición al precepto contenido en el artículo 206 del Estatuto Tributario, dado que incluye a un grupo de funcionarios que antes no estaban.

La Corte Constitucional indica:

“En los términos expuestos, para efectos de conciliar la necesidad de reparar la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria que comporta la norma demandada con los principios de efectividad y conservación del derecho, se adoptará una decisión que incluya las categorías de sujetos jurídicos inicialmente no contemplados por la disposición acusada y que, como ha sido demostrada, se encuentran en las mismas condiciones fácticas y jurídicas que los beneficiarios de la exención tributaria, sin que existan argumentos razonables e idóneos que justifiquen el trato diferenciado.

Así las cosas, se declarará exequible la disposición acusada, en el entendido de que comprende a los magistrados auxiliares de las altas cortes y a los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura”¹¹

Una vez más la Corte en aras del principio de Conservación del Derecho, se abstiene de declarar la inexecutable de la norma, y profiere una sentencia integradora, con lo cual amplía los efectos y alcances de una norma jurídica.

Sentencia C-600 de 2011

Los actores constitucionales demandan el artículo 150 numerales 7, 8, 10, 11, 13 y 14 (parciales) del Código de Procedimiento Civil, al considerar que el legislador no incluyó en los numerales acusados al compañero o compañera permanente y a los parientes en el grado primero civil, lo cual es una omisión legislativa relativa que vulnera el derecho a la igualdad.

Al resolver el problema jurídico planteado en la sentencia C-600 de 2011, la Corte expuso:

“Así, no encuentra la Sala una justificación objetiva y razonable que fundamente válidamente la exclusión de relaciones familiares que tienen la potencialidad de afectar la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias, de igual manera a como lo hacen las incluidas en la norma demandada. No existe una finalidad constitucionalmente imperiosa o importante que lleve a sugerir que se requiera introducir tal trato diferente entre cónyuges y compañeros o entre parientes de consanguinidad o por grado civil. Por el contrario debe protegerse la neutralidad de las decisiones judiciales, frente a interferencias derivadas de relaciones y sentimientos familiares, que es un imperativo que se sigue el principio de igualdad. Lejos

¹¹ Sentencia C-478 de 2009.

de existir alguna justificación para que se dé un trato diferente, existen razones para dar un trato igual a las situaciones que se comparan, en tanto comprometen de forma similar la neutralidad e independencia judicial, como fue expuesto previamente”¹².

En este caso la corte decidió declarar la exequibilidad de las normas demandas dándole el mismo alcance de la palabra cónyuge a la de compañero o compañera permanente; así mismo declaró exequible las expresiones “o pariente en primer grado de consanguinidad”, empleadas en los numerales 7 y 8 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, indicando que incluyen también a los parientes en el grado primero civil (hijo e hija adoptivos y padre o madre adoptantes).

Como puede observarse la Corte a través de una sentencia integradora aditiva actualiza la legislación civil (preconstitucional) a los nuevos parámetros de la Constitución del 1991, con lo cual busca evitar la discriminación en las relaciones familiares.

“El hecho de que se trate de una norma preconstitucional, la que se analiza en esta ocasión, explica la omisión del legislador en la materia, pero no la justifica a la luz de los principios y valores que inspiran el nuevo ordenamiento constitucional. Menos aún, justifica que el legislador, bajo el imperio de la nueva Constitución, mantenga la omisión y no haya actualizado la normatividad respectiva. Corresponde en consecuencia a la Corte adoptar el remedio, que para el caso es una sentencia aditiva que incluya el contenido reclamado por el demandante. Para la Corporación, dentro del orden constitucional vigente, no puede tener cabida unas normas que establecen diferencias de trato entre situaciones familiares similares, a la luz de la Carta Política, si no se cuenta con razones poderosas, imperiosas y necesarias que justifiquen tal trato distinto”¹³.

Sentencia C-782 de 2012

El ciudadano Luís Daniel Mantilla Arango, solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicionada del artículo 90 de la ley 906 de 2004 “*en el entendido que la víctima, reconocida como tal en el momento procesal oportuno, también puede pedir la adición de la decisión que omite pronunciarse sobre los bienes afectados con fines de comiso*”; para fundamentar su solicitud el actor argumenta que el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que priva a la víctima de la posibilidad de solicitar la adición de la sentencia o de la providencia con efectos equivalentes, cuando en ésta el fallador omite pronunciarse sobre

¹² Sentencia C-600 de 2011.

¹³ Ibidem.

los bienes afectados con fines de comiso, en tanto que sí prevé tal oportunidad para la defensa, el fiscal y el representante del Ministerio Público¹⁴.

Al resolver el caso la Corte Constitucional argumenta:

“... si bien el legislador cuenta con una amplia potestad de configuración de los procedimientos, y específicamente para el diseño de los mecanismos de participación de la víctima en el proceso penal de tendencia acusatoria, se trata de una facultad sujeta a límites constitucionales, en particular a las garantías de acceso efectivo e igualitario de la víctima a la justicia. La norma que excluye a la víctima de los actores procesales autorizados para solicitar la adición de la sentencia o la decisión equivalente, con miras a que se produzca un pronunciamiento definitivo sobre los bienes incautados con fines de comiso, entraña una omisión legislativa relativa, comoquiera que dicha exclusión se produce frente a un sujeto que se encuentra en una posición jurídica asimilable a aquellos que si fueron considerados, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable, derivando dicho trato en discriminatorio respecto de la víctima, lo cual se proyecta en un desmedro de la garantía de acceso pleno y efectivo a la justicia, en procura de una reparación integral del daño inferido con el delito”.

De esta manera la Corte declara EXEQUIBLE, el artículo 90 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que también la víctima podrá solicitar en la audiencia de que trata esta norma, la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento; de lo cual se colige de que a pesar de que concluye que la norma acusada entraña un trato discriminatorio para las víctimas, no la separa del ordenamiento jurídico, ni conmina al legislador para que corrija dicha situación, sino que la mantiene en la legislación añadiéndole componentes de tipo normativos, para concordarla con la Constitución.

Sentencia C-892 de 2012

En esta providencia se demanda el Artículo 1° (parcial) de la Ley 1280 de 2009 “*Por la cual se modifica el numeral 10 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, y se establece la licencia de luto*”, indicando el actor constitucional que dicha norma establece un trato desigual entre los trabajadores con familia natural o tradicional y los que tienen familia adoptiva, pues a estos no les cubre la licencia de luto, cuando fallece su hermano o abuelo adoptivos (segundo grado civil). La norma acusada expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. Adicionar un numeral al artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

¹⁴ Sentencia C-782/12.

*10. Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y **primero civil**, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la licencia por luto que trata este numeral. (...)*"

La corte considera que efectivamente la norma demandada tiene una omisión que genera un trato desigual respecto de los parientes dentro del segundo grado civil, razón por la cual declara la exequibilidad, de la norma demandada, y le adiciona la parte omitida, a fin de eliminar la discriminación generada en el texto jurídico. Para justificar su decisión la Corte explica:

“Comoquiera que la declaratoria de inexecutable de la expresión normativa examinada, en lugar de corregir la inequidad identificada ocasionaría una situación de mayor desprotección para los dos grupos de trabajadores que integran los términos de comparación del juicio de igualdad, procede la Corte a proferir una sentencia aditiva o integradora¹⁵, que incluya en el contenido normativo acusado a los pariente hasta el segundo grado civil, a fin de equiparar la situación de los trabajadores que poseen relaciones filiales originadas en vínculos de consanguinidad, y la de aquellos cuyas relaciones familiares se originaron en un vínculo civil”.

De esta forma la Corte adopta la decisión de sentencia aditiva a fin de evitar el perjuicio que generaría la declaratoria de inexecutable de la norma demandada.

Corte constitucional colombiana: ¿Legislador positivo?

Desde la perspectiva de Han Kelsen, a fin de salvaguardar la integridad de la Constitución, cada Estado debe tener una Corte Constitucional, que controle al congreso en su labor de expedir normas (legislador positivo) a

¹⁵ Esta técnica correctiva de contenidos normativos inconstitucionales ha sido usada por la Corte en diversas oportunidades en que se constata una omisión legislativa, o una regulación deficiente, al no haber previsto el legislador determinados aspectos, que eran necesarios para que la regulación se adecuara a la Constitución. La Corte ha entendido estas sentencias como “una modalidad de decisión por medio de la cual el juez constitucional en virtud del valor normativo de la Carta (Artículo 4° C.P.) proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esta manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal”. Al respecto se pueden consultar las sentencias C-109 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Así mismo se ha utilizado esta técnica en las sentencias C-370 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández); C-228 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett); C-004 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett); C-454 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); C-209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); y C- 782 de 2012, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), entre muchas otras.

fin de que estas no sean contrarias a la Carta Magna. Por lo tanto la Corte Constitucional se eleva como un legislador negativo¹⁶, o sea, un órgano encargado de anular las leyes cuando estas sean contrarias al texto superior.

Sin embargo esta podría considerarse como una visión clásica de la función de los tribunales constitucionales, pues en todo el mundo occidental el fenómeno de las sentencias moduladas y especialmente las integradoras aditivas han ido revaluando dicha concepción.

El tratadista francés Franck Moderne, profesor de la Universidad de París, ha dicho sobre este punto:

“... se puede decir que si el juez constitucional ha sido considerado, en una primera etapa de la evolución, como un legislador negativo, esta tesis tradicional ha sido superada a favor de una calificación más acertada de legislador positivo en nuestros sistemas jurídico-políticos. Lo que afecta evidentemente a sus relaciones con el Poder Legislativo”¹⁷

Cuando la Corte Constitucional al proferir una sentencia advierte la inconstitucionalidad de una norma, pero se abstiene de declararla inexecutable, para en su lugar adicionarle contenido normativo, es claro que extiende el ámbito de aplicación de esa norma jurídica, con lo cual entra en el terreno del legislador, aspecto sumamente delicado que atenta contra el principio de separación de poderes.

Este tema ha sido materia de trabajo de diferentes autores, quienes han expuesto su posición frente al tema, por ejemplo el doctor GERMAN ALFONSO LOPEZ DAZA, en su artículo EL JUEZ CONSTITUCIONAL COLOMBIANO COMO LEGISLADOR POSITIVO ¿UN GOBIERNO DE LOS JUECES?, expuso lo siguiente:

“Como se ha observado la Corte Constitucional Colombiana, ejerce el control de constitucionalidad y cuando estima que una norma es contraria a la Constitución puede declarar la inconstitucional, ella ejerce un rol de legislador negativo...pero la corte ha ido más allá, también ejerce como legislador positivo por medio de las sentencias manipulativas, en las que el alto tribunal cambia el sentido de la ley, le agrega contenidos no previsto ni aprobados por el legislador y en ocasiones le imparte ordenes al congreso para que legisle de determinada manera”¹⁸.

¹⁶ “Un tribunal facultado para anular las leyes funciona como un legislador en sentido negativo” Hans Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducido por García Máynez. México UNAM 1995 PÁG. 318. Se ubica en google book.

¹⁷ Moderne, Franck. La Jurisdicción Constitucional frente al Poder Público. En Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Investigaciones Jurídicas S.A, San José, 2000, Tomo I, pág.149.

¹⁸ Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Numero 24 enero a junio 2011.

De esta manera es claro que la Corte Constitucional Colombiana, en desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad, al proferir sentencias integradoras aditivas, se convierte en legislador positivo, sin embargo esta concepción de legislador positivo hay que verlo desde un punto de vista moderno, donde la Corte es un órgano activo y dinámico que en su labor de salvaguardar la supremacía de la constitución, le brinda prevalencia a la conservación del derecho, y al decidir sobre una acción pública de inconstitucionalidad, toma la decisión que considera no sólo la correcta, sino la más conveniente, a fin de no causar traumatismos en el orden jurídico, lo cual es también una forma de colaboración de poderes.

Las sentencias aditivas en el derecho comparado

Las sentencias aditivas y el tribunal constitucional italiano

Haremos ahora el estudio de las sentencias aditivas en el país europeo de Italia, donde se ha venido dando esta clase de providencias por parte del tribunal constitucional de ese país, incluso y de acuerdo a lo investigado desde el año de 1.963, como lo veremos más adelante y aun tienen plena vigencia.

Así las cosas y buscando ubicar el tema, tenemos que al decir sentencias estamos hablando de una providencia judicial de fondo que debe hacer tránsito a cosa juzgada, pero en el entendido de que se trata de sentencias que crean y unifican la jurisprudencia de un país, estas pueden aplicarlas los jueces en la solución de los litigios que se presenten.

En cuanto al término aditivas, vemos que el diccionario de la real academia de la lengua española, nos dice que significa “que puede o debe añadirse”, de tal suerte que vista así y juntando los dos términos, aplicados a esta clase de pronunciamientos en Italia, el cual ha sido el país escogido, podemos afirmar, junto con el doctor LEO BRUST¹⁹, de acuerdo a lo manifestado en su tesis doctoral, presentada en la universidad de Salamanca, facultad de derecho, que la sentencias aditivas indican que “un precepto es inconstitucional en cuanto no prevé u omite, o no incluye, o excluye algo que debería incluir para ser constitucional”.- Interpretando lo anterior, podemos afirmar que, a la ley le faltó algo para que se declare su constitucionalidad, por lo cual son los tribunales constitucionales los llamados a suplir esas falencias legales o esas omisiones para que se depreque la exequibilidad de una determinada norma sometida al control de constitucionalidad.

¹⁹ Tesis doctoral. LEO BRUST. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN BRASIL. UNIVERSIDAD DE SALAMANCA. Pág. 2011. Localizado en el siguiente link http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG_BrustL_Lasentencia.pdf

Haciendo un poco de historia, en el país en estudio, sobre las sentencias aditivas, (nos referimos a Italia), encontramos la sentencia 168 de 1.963, la cual se tiene como la primera sentencia aditiva del tribunal constitucional italiano, mediante la cual se declaró inconstitucional el artículo 11.1 de la ley 195 de 1.958 del consejo superior de la magistratura de ese país.- Al respecto la tesis doctoral citada se refiere a que *“atribuye exclusivamente al ministerio de justicia la iniciativa del consejo para este mismo fin”*. Y agrega: *“Es decir la iniciativa dejó de ser atribución exclusiva del ministro de justicia y se extendió al consejo, una vez que el tribunal constitucional produjo una nueva norma y la añadió al significado de la disposición para convertirla en conforme con la constitución. El texto fue conservado, pero paso a significar también el sentido omitido(norma)”*.-

Teniendo en cuenta la anterior cita, observamos como desde años atrás en Italia tienen vigencia las sentencias aditivas, con las cuales el texto legal no se declara inexecutable, sino que se le agrega al texto normativo la interpretación que corresponde para hacerla constitucional, es decir no hay anulación de la norma, si no que por el contrario se le adiciona lo que omitió la norma para que esta sea declarada conforme con la constitución de ese país.

En Italia las sentencias aditivas han sido clasificadas por la doctrina prácticamente en forma unánime, y se le atribuye esta al tratadista ELIA, citado por BRUST, y según lo manifiesta este en su tesis doctoral, (obra ya citada), estas se dividen en *“DECISIONES DE GARANTIA Y EN DECISIONES DE PRESTACION”*.- Según MODUGNO, citado por el mismo autor y en la misma obra mencionada, LA SENTENCIA ADITIVA DE GARANTIA, es la que *“produce la adquisición de una situación jurídica activa a favor de algunos sujetos, y de una situación jurídica pasiva por parte del estado, consistente en un non facere o en una sujeción”*. De igual manera define la SENTENCIA ADITIVA DE PRESTACION, y dice que es la que *“conlleva la adquisición por parte de determinadas categorías de sujetos de un derecho de contenido patrimonial o de una prestación de servicios antes ilegítimamente excluida o limitada, con la consiguiente obligación a cargo del estado de nuevas o mayores prestaciones”*.

Respecto de las definiciones dadas sobre la clasificación que hace la doctrina italiana de las sentencias aditivas, manifiesta LEO BRUST, en su tesis doctoral, que *“la sentencia aditiva de prestación no solo elimina una inconstitucionalidad, si no que implica costes financieros a la administración pública, que en principio, no estaban previstos en los presupuestos”*. Según esto las sentencias aditivas de prestación, traen como consecuencia unas erogaciones económicas no previstas en la hacienda pública del estado italiano, teniendo en cuenta además que en la constitución italiana en su artí-

culo 81.4 manifiesta lo siguiente: “la ley que comporte nuevos o mayores gastos debe indicar los medios para hacerles frente”.- ante esto se nos da entender que se presentan inconvenientes por cuanto el tribunal constitucional lo que hace es hacer la norma constitucional pero agrava económicamente la situación estatal, no teniendo facultades para manifestar de donde salen los dineros de la erogaciones que debe cubrir el estado italiano, ya que ello sería del resorte de otro de los poderes públicos, lo que ha llevado a posiciones doctrinales encontradas.

Al respecto es de anotar que el tribunal constitucional no tiene la competencia suficiente para indicar los costes económicos que fijan las sentencias aditivas de prestación, indicando al respecto la obra doctoral en cita y estudio, que “en verdad si el tribunal llegase a indicarlos, estaría explícitamente admitiendo su actuación como legislador positivo”.- y agrega más adelante el autor citado, “por esto, las sentencias aditivas de prestación acaban obligando a los poderes públicos a soportar costes financieros a veces de gran monta”. Al respecto hace las citaciones de las sentencias 494 – 1993 y 284 de 1994, manifestando que son comúnmente citadas como ejemplos de decisiones que conllevan costes financieros fuera de la realidad del estado actual.

Renglones arriba manifestamos que esta situación, es decir el hecho de que las sentencias aditivas de prestación colocan emolumentos económicos al estado italiano, conlleva a la dicotomía de que el tribunal no puede establecer de donde saldrán los dineros para cubrir esos emolumentos no contemplados en el presupuesto del estado italiano, no pudiendo tampoco el tribunal constitucional atribuirse o arrogarse esa competencia, ya que incurriría en una invasión injustificada de la orbitada del poder legislativo, pero se decanta según el decir de doctrinantes italianos que se presenta una inconstitucionalidad sobreviniente, lo cual ha generado controversias doctrinarias en las que han intervenido prestantes estudiosos del derecho de ese país como lo son ROMBOLI, PIZZORUSSO, ELIA CRISAFULLI, SORACE, GROSSO, TORRECELLI, NIGRO, entre otros.

De acuerdo a lo manifestado por el doctor Brust, en su tesis doctoral, dice que los anteriores tratadistas en unión con DONATI, llegan a concluir lo siguiente: “que esta no sujeción del tribunal constitucional al artículo 81.4 implicaría una verdadera inconstitucionalidad sobrevinida, razón por lo que defienden que en estos casos la corte debería optar por sentencias simples de inconstitucionalidad”.- manifiesta de igual manera, que la sentencia aditiva de prestación se justificaría como instrumento para la concreción del principio de igualdad y como resultado obligado de la inconstitucional deficiencia de la regulación legal existente o de su falta, muchas veces tras advertencias anteriores del tribunal constitucional al legislador; por lo cual

cita a SAJA quien manifiesta que no sería la corte la responsable directa del aumento del gasto público.

Al respecto anota el autor en cita, que para ZAGREBELSKI, el criterio de admisión debería considerar la incidencia financiera del pronunciamiento y el grado de afectación a la discrecionalidad del legislador.- De otro lado dice que ROMBOLI, entiende que el tribunal constitucional debería tener en cuenta la situación económica del erario público y si, en nombre del principio de igualdad, no se están vulnerando otros preceptos constitucionales.- Nos indica la tesis en comentario, que para SAJA, “tras la sentencia la autoridad política puede regular de nuevo la entera disciplina, redistribuyendo y observando el fundamental principio de igualdad las mismas cantidades ya previstas. Si en tales casos no suele esta actuar, resulta evidente que las mayores cargas financieras no pueden imputarse a la jurisprudencia de la corte, si no a una elección discrecional del poder político”.- Como se puede observar y deducir con meridiana claridad, no ha sido fácil el establecimiento de las sentencias aditivas en el país europeo en estudio, ya que se encuentran obstáculos una vez son emitidas, lo cual conlleva a una discrepancia entre los poderes públicos, ya que de un lado encontramos el judicial el cual busca la forma de adecuar a la constitución las normas que omiten preceptos para su constitucionalidad, y de otro lado cuando se trata de sentencias aditivas de prestación se presentan los inconvenientes presupuestales, los cuales son del resorte y del manejo político del legislativo y del ejecutivo.

Es de anotar que como una forma de buscar solución a esta clase de inconvenientes que se presentan en Italia respecto de las sentencias aditivas, encontramos que la tesis doctoral a que hemos hecho referencia en esta investigación, nos manifiesta que a finales de la década de los noventa, la corte creo la “oficina para la documentación y cuantificación financiera”, con el objetivo de conocer anticipadamente las implicaciones financieras de una eventual decisión de inconstitucionalidad, para que los jueces tengan esos datos disponibles cuando deciden las cuestiones.

De otro lado tenemos que en Italia no solo se presenta respecto de las sentencias aditivas lo relatado anteriormente, si no que se hallan otros obstáculos, tal como lo encontramos definido en la tesis doctoral de marras, y es el referente a cuando se trata de materia penal incriminatoria, como lo denomina el autor en cita, y se soporta en el “PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL”, al que hace alusión el artículo 25.2 de la constitución italiana, y nos manifiesta el autor que el artículo constitucional reseñado le impide en principio crear, reproducir o ampliar los tipos penales.- A este efecto fundamenta el autor que en este sentido argumentos tales como los

que la libertad personal necesita de un grado de certeza no compatible con cambios en la ley impuesta por un órgano diferente del paramento, el único órgano legitimado por la soberanía popular, han sido utilizados por la corte para excluir las sentencias en este campo. El tribunal suele no admitir las cuestiones y evita crear nuevos tipos penales, y para ello cita las sentencias 25 de 1.995 sobre hurto venatorio, 411 de 1.995, sobre provocar la muerte de un animal de su propiedad y el auto 132 de 1.995 sobre agravar las sanciones previstas por ley para determinado delito.

Es de resaltar como en un artículo de investigación la doctora Tania Groppi, el cual titula HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DÚCTIL? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana²⁰, manifiesta la autora que la corte constitucional italiana pronuncio su primera decisión en 1956, y que esta corporación pertenece a la generación de tribunales constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la segunda guerra mundial. A diferencia de otros, de mas reciente creación, tiene actualmente a sus espaldas una experiencia suficientemente amplia que permite una reflexión de conjunto sobre toda su actividad, teniendo dentro de esta la exigencia de hacer dúctiles las propias decisiones, o bien, utilizando expresiones más comunes en los estudios sobre la justicia constitucional por la exigencia de atenuar la eficacia erga omnes de las sentencias a favor de una eficacia inter partes²¹; manifiesta que para comprender esa afirmación, es decir hacia una justicia constitucional ductil hay que tener en cuenta dos situaciones. A) Partir de dos premisas, una de orden teórico, la otra de tipo normativo; B) Examinar los principales tipos de pronunciamientos creativos de la corte constitucional, las sentencias aditivas de principio y las sentencias manipulativas.

Como en nuestro tema se trata de las sentencias aditivas, tomamos del artículo en comento como la difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también dentro de la experiencia italiana a pesar de lo ya anotado, y se manifiesta en el artículo en estudio, que “no obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la corte constitucional, no son infrecuentes las criticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencia, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Agrega además, que mas allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno a llegado a buen

²⁰ El cual fue traducido por Miguel Carbonell, investigador del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, universidad de cien published en el boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, num 107, mayo agosto de 2003, pp.481-504.

²¹ Manifiesta en su artículo la doctora Groppi que el término dúctil ha sido utilizado por el autor Zagrebelsky, G, el derecho dúctil, traducción de Marina Gascon, Madrid, Trotta, 1995.

fin: la ley constitucional num 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y a introducido la prohibición expresa de prórroga de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido en su propio reglamento aplicable la institución a los jueces constitucionales. Manifiesta de igual manera que otros proyectos de reforma, por el contrario no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: Por el ejemplo el elaborado el 2001 por el ministro para la reforma constitucionales bosni, dirigido a atribuir a sujetos políticos (parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de 9 de los 15 jueces de la corte (en lugar de los 15 electos actualmente por el parlamento, por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia 361 de 1998), dirigido a impedir a la corte constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo”. Como observamos sobre este tema se trato anteriormente, al cual hace referencia la tesis doctoral investigada en este escrito.

Manifiesta la autora en estudio, que de hecho, la vía normal para poner a leyes bajo el juicio de la corte constitucional es la vía incidental: corresponde a los jueces comunes, en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. La corte constitucional se avoca por tanto a juzgar normas jurídicas en concreto, en el momento de su aplicación a casos de la vida. Agrega la autora que “sin embargo, el alcance de las decisiones de la corte constitucional italiana no está plenamente en línea con el carácter concreto asumido por el juicio en la fase de su instauración. Mientras los pronunciamientos de rechazo tienen efectos inter partes, los estimatorios tienen alcances erga omnes, según lo establece el artículo 136 de la constitución italiana. A este respecto se nos manifiesta que “el artículo 136 constitucional parece configurar para la corte la alternativa radical entre estimación o rechazo de la cuestión, nos dice el artículo que durante años la corte constitucional a llevado a cabo múltiples intentos de manipular los efectos temporales de sus propias decisiones, con algunos éxitos, pero en conjunto de forma insatisfactoria. Algunos proyectos de reforma del artículo 136 constitucional como el aprobado el 4 de noviembre de 1997 por la comisión parlamentaria para las reformas constitucionales estaban orientados a permitir a la corte diferir en el tiempo los efectos de las sentencias estimatorias, con el fin de dar al legislador la posibilidad de intervenir sobre la materia antes de crearse la laguna; pero han quedado en un estado meramente proyectual llegando a afirmarse en el artículo en comento que en Italia las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la constitución

y son indisponibles por la corte. Frente al problema que se presenta en Italia se han dado unos nuevos tipos de decisiones de la corte constitucional, como son las sentencias aditivas de principio, según el decir de la doctora Groppi, pag. 492 del artículo citado manifestando al respecto lo siguiente: “un primer tipo de problema se presenta cuando la inconstitucionalidad deriva de la ausencia de una norma, es decir de la omisión del legislador, o bien cuando la remoción de una norma ilegítima requiere de una doble actividad, de anulación y de integración, porque el vacío sería tan inconstitucional como la norma que se quiere anular. Agrega además que a falta de una expresa previsión normativa, la alternativa a la que se somete la corte italiana está entre: A) Renunciar a su propia función de garantizar la supremacía constitucional (dejando intacta la laguna o la ley cuya eliminación crearía un vacío constitucionalmente inaceptable); B) Invasión del espacio del legislador, colmando ella misma la laguna en nombre de la constitución.

De igual manera dice que “cuando a la corte se le requieren decisiones de este tipo, aditivas o sustitutivas, son frecuentes los pronunciamientos de inadmisibilidad por discrecionalidad del legislador, en el sentido del artículo 28 de la ley 87 de 1953, según el cual “el control de legitimidad de la corte constitucional sobre una ley o acto con valor de ley excluye toda valoración de naturaleza política o control sobre el uso del poder discrecional del parlamento”. Con frecuencia tales decisiones son acompañadas de una admonición, es decir, de una invitación del legislador a proveer, privada desde luego de cualquier carácter vinculante. Extractamos del documento en estudio, que con el fin de evitar la invasión de la esfera del legislador la corte desde los primeros años de su actividad, ha elegido la solución de adoptar pronunciamientos aditivos solo cuando son un remedio obligado, es decir, solamente cuando alcanza a demostrar la presencia de una única solución constitucionalmente admisible por lo cual la discrecionalidad del legislador no sería invadida por la sentencia sencillamente porque no existiría”.

Nos dicen de igual manera que más allá del problema de la invasión de la esfera del legislador, las sentencias aditivas producen dificultades también en las relaciones con los jueces: han determinado uno de los raros casos de rebelión de los jueces a la corte constitucional, cuando los jueces militares se negaron a aplicar una sentencia aditiva, reconociendo solamente la parte ablativa y entendiendo como tarea interpretativa propia la de integrar la laguna.

De igual manera trata un tema, que fue tocado renglones arriba respecto de pronunciamientos aditivos en el campo de los derechos sociales, los cuales en la tesis doctoral que analizamos anteriormente, se manifestaba que existen las sentencias aditivas de prestación, siendo que en el artículo

investigativo de la doctora Groppi lo encontramos planteado de la siguiente manera: “por otro lado, frecuentemente la petición de pronunciamientos aditivos sucede en el campo de los derechos sociales: se pide a la corte un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias aditivas, llamadas de prestación, suponen el ulterior problema de los efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan. De hecho, con base en el artículo 81 de la constitución, toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente, debe, en otros términos, estar provista de cobertura financiera. La interrogación atañe a la extensión de la obligación de cobertura también a las sentencias aditivas: ¿la corte puede impunemente violar el artículo 81, emitiendo sentencias que inciden de forma importante sobre las cuentas públicas, no disponiendo de la posibilidad de individualizar fuentes de cobertura? Haciéndolo así, se resuelve un problema de inconstitucionalidad, pero se crea al mismo tiempo otro, en cuanto a que su misma sentencia parecería inconstitucional. Frente a este problema que se suscita y que ya habíamos tocado anteriormente en este artículo se nos manifiesta que para responder a ese problema que se ha creado respecto de la sentencias aditivas de prestación, en Italia para responder a estas exigencias nos manifiesta la doctora Groppi lo siguiente: “la corte constitucional ha creado a partir de 1988 (pero con un notable incremento luego de 1996), un nuevo tipo de decisiones, la sentencia aditiva de principio: como sucede en las sentencias aditivas clásicas, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances erga omnes. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos la corte indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dicta los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar: de este modo se combina en el mismo instrumento decisional el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia de delegación alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador. Para tal efecto la doctora Groppi en la pag. 494 cita en particular, las sentencias 495 de 1993 y 249 de 1944, de las cuales dice que han producido un gasto de miles de millones, las que abrieron el camino para una profunda reflexión sobre el tema de las sentencias que conllevan gasto, citando para ello a Groppi, T, Constanzo, P. en el libro organización y funcionamiento de la corte constitucional, Turín, 1996 pp. 269 y siguientes.

Sobre esta clase de sentencias nos manifiesta el artículo, lo siguiente: “El aspecto mas innovativo de este tipo de decisiones se revela frente a la inactividad del legislador. De hecho, en tal caso, corresponderá a los jueces, a

todos los jueces, dar actuación a la sentencia de la corte en concreto e inter partes. Tal papel de los jueces al transformar los principios individualizados por la corte en reglas del caso concreto es explícito en algunas sentencias aditivas de principio, que contienen una referencia expresa a la posibilidad de que, frente a la inercia del legislador, intervenga el juez. Agrega además pero también allí donde la motivación no contenga alguna mención sobre el papel del juez, y parezca dirigirse solamente al legislador, parecería que queda intacto el espacio para la actuación por vía judicial. Al punto de que si, en referencia a este tipo de pronunciamientos, el juez propone la misma cuestión, haciendo manifiesta la inercia del legislador, la corte la declarara inadmisibles, recordando que es tarea del juez remediar la omisión para el caso concreto”. Para este efecto se citan las sentencias 185 de 1998, 26 de 1999, 32 de 1999, 61 de 1999, 179 de 1999, 270 de 1999 y 526 de 2000, y se recomienda ver a Amoroso en la obra anuario de jurisprudencia constitucional, Milán, 1998 y 1999, 1999 y 2000.

A su vez en la revista semestral del centro de estudios constitucionales, universidad de Talca, facultad de ciencias jurídicas y sociales, centro de estudios constitucionales de providencia, Chile, encontramos un artículo sobre la inconstitucionalidad por omisión y dentro de los aspectos doctrinarios nos habla de tema ya tratado en este trabajo, como es el siguiente: “La doctrina constitucional de los últimos tiempos se ha preocupado de la facultad que tendrían los tribunales constitucionales de intervenir frente al silencio u omisión de la autoridad, silencio que podría devenir en una inconstitucionalidad, si no se cumple con la obligación de normar un precepto o principio impuesto por la constitución ya sea expresa o implícitamente. La declaración de la inconstitucionalidad de la decisión se traduce generalmente en la constatación por parte del órgano jurisdiccional de la inercia del legislador de dar cumplimiento a la obligación constitucional de dictar leyes ordinarias que desarrollen preceptos constitucionales de manera que dichos preceptos se tornan ineficaces o en la recomendaciones que frente a estas situaciones el tribunal formula al legislador. Para que se origine la omisión legislativa se requiere que el silencio del legislador produzca una situación contraria a la constitución sea que exista o no la obligación de legislar una determinada materia.

Teniendo en cuenta la situación planteada, en el sentido de que las sentencias aditivas se presentan cuando existe una omisión por parte del legislador, el artículo chileno que analizamos nos manifiesta lo siguiente: “Las sentencias de los tribunales constitucionales sobre inconstitucionalidad por omisión pueden ser declarativas que constatan la inconstitucionalidad por omisión y lo comunican al órgano legislativo para que tome las medidas del caso o de recomendación al legislador llamadas también apelativas.

Existen también las sentencias que indican al legislador como regular una materia determinada, agregando el artículo que en general las sentencias que se pronuncian sobre la inercia del legislador son de recomendación al legislador o aditivas, que señalan el contenido de la ley que debe dictarse.

Al respecto la autora del artículo LUZ BULNES ALDUNATE, se refiere al hecho de que en Italia se le ha dado aplicación a la inconstitucionalidad por omisión, ante lo cual la corte constitucional italiana se ha pronunciado mediante sentencias aditivas, las cuales como ya hemos visto hacen alusión a cuando se da una omisión legislativa, teniendo la obligación constitucional de haberse pronunciado sobre un tema determinado, manifestándonos el artículo concretamente lo siguiente:

“La corte constitucional italiana a empleado el sistema de las llamadas admoniciones al legislador, las que dependiendo de los supuestos pueden ser mas o menos especificas y precisas y la indicación que la corte dirige al legislador de que en caso que este se mantenga en la inactividad intervendrá nuevamente, declarando la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, pasa a ser una amenaza de reemplazar al órgano legislador”.

En anteriores renglones y dentro de la investigación hecha en este trabajo hemos visto, que el órgano jurisdiccional italiano guardián de la constitución, trata de no interferir en la órbita legislativa dando la oportunidad de que el poder legislativo asuma y cumpla con la obligación constitucional de legislar normas que se adecuen a la constitución, precisamente para evitar la expedición de las sentencias por omisión, con lo cual si en un determinado tiempo que debe ser lo prudencial el poder legislativo no asume su papel, la corte constitucional intervendrá y ya de esa forma si tocaría declarar la inconstitucionalidad, en caso de que el poder legislativo omita lo manifestado en una sentencia aditiva, para hacer que la norma precisamente no sea declarada inconstitucional.

Nos manifiesta el artículo comentado, que “la corte constitucional italiana ha dictado también sentencias aditivas en las que junto con declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, le indica al legislador los principios a que debe atenerse el legislador y aun le ha señalado los plazos en que debe dictar la nueva reglamentación”.

Por último quiero traer a colación un planteamiento establecido por el artículo chileno en estudio, al manifestar lo siguiente: “si se habla de inconstitucionalidad por omisión se plantea la duda que podríamos estar refiriéndonos a la posibilidad que el tribunal constitucional dicte sentencias por las que legisle positivamente, atribución que gran parte de la doctrina niega, sosteniendo que estos órganos constitucionales solo son legislador negativo porque la labor tradicional que los consagra como órganos constitucio-

nales fue la derogación de la ley inconstitucional. De aquí que la doctrina lo clasifique casi universalmente con el calificativo de legislador negativo. De igual manera manifiesta que en la doctrina en general reconoce que es peligroso, desde el punto de vista de los principios clásicos pretender que el tribunal sustituya al parlamento y aborde el campo que le corresponde al legislador. Por último agregan, que “esta posibilidad del derecho positivo de reconocer en los ordenamientos jurídicos la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión plantea diversos interrogantes como que los tribunales constitucionales aborden el campo del legislador y no solo recomienden legislar sino que entren derechamente a pronunciarse sobre el contenido de la ley omitida, atribución que han ejercido en Italia y en otras jurisdicciones con las sentencias aditivas”.

Para ilustrar aún más la situación de las sentencias aditivas en Italia, me permito presentar las siguientes, emanadas del tribunal constitucional:

1.- Sentencia No 561 de 1.987, decisión adoptada en roma en la sede de la Corte Constitucional, el 10 de diciembre de 1.987, presidiendo la sala el Magistrado FRANCCESCO SAJA, en la cual se tomó la decisión, por la demanda interpuesta por la señora MV PANNOZZO, quien sufriera violación por parte de tres soldados marroquíes, el día veintidós de mayo de 1944, encontrándose el país en plena segunda guerra mundial, habiendo recibido un cheque de la guerra, a título de indemnización, mas sin embargo reclamaba una pensión, y además la indemnización por los perjuicios morales ocasionados por la violación de que fue víctima por cuanto ello conlleva un daño inmaterial, que debía ser reparado por el estado.

Entre los argumentos encontrados en la sentencia, se tiene que el estado italiano si reconoce unas indemnizaciones para quienes han sufrido daño durante el estado de guerra, como por ejemplo quien sufriera daños en su propiedad, al igual que para las viudas o viudos del conflicto armado, y para aquellos padres que han perdido hijos en la guerra, en el caso de las demás violaciones, como por ejemplo a la que se refiere la sentencia en estudio, considera el tribunal constitucional, que esta debe ser indemnizable cuando es consecuencia de la guerra, pero cuando hay una disminución comprobada de la capacidad de trabajo, es decir que la persona quede incapacitada para trabajar por sí misma, mas sin embargo de no ser así se le da un reconocimiento en dinero a la persona afectada, con fundamento en el principio de solidaridad, sin importar que el acto criminal sea cometido por tropas del país o por la de países aliados.- Por ultimo cabe anotar, que la corte constitucional italiana se refiere a que la indemnización por esta vía nace de la comisión de un delito, a lo cual no está obligado el estado a correr con la indemnización, ya que está al margen de estar en un estado de guerra, no deja por ello de ser un hecho punible.

2.- Sentencia No 27 de 1.975, presidente FRANCESCO PAOLO BONIFACIO, decidido en Roma en la sede de la corte constitucional el 18 de febrero de 1.975, siendo resultado esta sentencia de un proceso penal que se adelantó a la señora TALES MINELLA CARMOSINA, por el delito de ABORTO, con consentimiento de la mujer, el cual para esa época estaba castigado con pena de prisión, y únicamente no era sancionable penalmente, sostuvo la corte, cuando está plenamente demostrado tanto medica como científicamente que corre un peligro irremediable la vida de la madre si se continua con la gestación, con lo cual de cualquier otro modo que se practique un aborto por fuera de la condición impuesta por la corte constitucional, se incurre en el delito de aborto.- Es más sostiene la corporación de justicia constitucional italiana que lo último que se hará es practicar el aborto, tratando siempre de preservar la salud de la madre y aun la del feto, como principios fundamentales, en lo que concierne a la madre, ya que el feto en Italia para entonces era considerado una víscera de la madre, pero las normas sobre gestación amparan la vida del que está por nacer.- Esta causa se inicia por parte del Juez de instrucción del tribunal de MILAN, quien planteo la cuestión incidental de la constitucionalidad del artículo 546 del código penal italiano.

3.- Sentencia No 64 del trece de abril 1.972, decidida en Roma en sesión privada en la sede de la corte Constitucional, bajo la presidencia de JOSE CHIARELLI, teniendo como base este proceso una acción penal contra GUISEPPE NICOLOTTO, adelantada en el Juzgado De Instrucción del Tribunal de Turín, donde se quejaba la defensa del acusado de no poder asistir a la declaración de un testigo tomado para referencia futura y la posterior comparación entre este y el acusado.- Para tal efecto se acusa como inconstitucional el artículo 304 bis del código de procedimiento penal y salta a la vista, que se estaría presentando una violación al sagrado derecho de defensa, ya que según ello la defensa no tendría oportunidad para contrainterrogar al testigo en las futuras actuaciones procesales, como tampoco confrontar mediante careo al testigo con el acusado.- La corte llega a la conclusión, de que el artículo 304 bis acusado de inconstitucional, no lo es y más bien corrige mediante sentencia aditiva la cuestión, en el sentido de que la defensa puede acudir y asistir a los actos que serían imposibles de repetir en la corte, por lo menos en las mismas condiciones de tiempo y lugar que se harían en la investigación.- De este modo se sana mediante sentencia aditiva la omisión que tenía la norma en el sentido de autorizar a la defensa asistir a aquellos actos de recepción de testimonios que pueden ser para referencia y uso futuro dentro del juicio, evitando así una flagrante violación del derecho de defensa.

4.- sentencia No 27 de 1998, según acto decidido en Roma en la sede de la corte constitucional el día 23 de febrero de 1998 presidiendo la corte el

doctor RENATO GRANADA en el cual se trataba de un recurso interpuesto por una persona que afirmaba haber contraído la poliomielitis luego de haber sido vacunado contra esa enfermedad, la cual le fue practicada el 21 de marzo y el 20 de abril de 1964. En ella se reclamaba la indemnización a que tenía derecho por haber sido víctima de un daño dentro de una campaña de sanidad pública obligatoria adelantada por el estado, para todos los niños de esa época, evitando así la propagación de la enfermedad de la poliomielitis en toda la población italiana. Solicitaban que dicha indemnización fuere cancelada por el daño ocurrido en la persona luego de ser vacunada con fundamento en el principio de solidaridad social al igual que por el daño ocasionado con fundamento en la vacunación, y que la indemnización debería estar conforme con las normas que reconocen la compensación indemnizatoria a aquellas personas que luego de una transfusión de sangre contraen VIH, o HEPATITIS en cualquiera de sus grados, argumentándose en la corte que es eles debe reconocer dicha indemnización pero no rebajándola como lo contemplaban algunos jueces de Italia de rebajarlas en un 70%, porque sería algo injusto, encontrándonos si con lo que en este trabajo acotamos de acuerdo a las citas tomadas como referencia que se trataría de una sentencia aditiva de prestación, por cuanto lo que es el monto de la indemnización le corresponde y tiene la competencia para ellos es el poder legislativo quien deberá establecer el monto de la indemnización por el daño causado a quienes a pesar de haber sido vacunados en una campaña social , estatal anti poliomielítica llegaron a contraer la enfermedad.

5. – sentencia No 6 de 1966, decidida en roma en sede de la corte constitucional italiana el día 19 de enero de 1966 siendo presidente GASPAR AMBROSINI, en la cual se narra cómo hechos que un comando militar territorial de la región NE de PADUA , ordeno una serie de limitaciones respecto de una zona de terrenos ubicados en el municipio de GRAZZANA además de una prohibición general de tránsito de personas, vehículos , animales en las calles, de espacios abiertos, prohibición de transitar por caminos de herraduras, senderos, siendo esta la orden emanada de los militares que allí se encontraban. En el debate de esta sentencia se presentaron muchas exposiciones sobre lo que son las limitaciones y las servidumbres y en uno de sus párrafos manifiesta la corte suprema que el artículo 3 segundo párrafo de la ley de 1932 prevé indemnización solo cuando la llamada servidumbre militar es positiva que consiste en generar actos positivos como por ejemplo cambiar el estado de las cosas, la demolición, etc, cosa que no se prevé cuando se trata de una servidumbre negativa que es por ejemplo cuando se trata de no construir de no abrir carreteras, no operando para estos casos indemnización alguna la corte hace una diferenciación de lo que son servidumbre y lo que son limitaciones a al propiedad privada, manifestándose que en esos casos

la ley ordinaria no prevé indemnizaciones, sin que por ello implique que se desconozca la función social de la propiedad a la cual tienen derecho los particulares, pero de igual manera hace un exhaustivo y profundo estudio acerca de lo que es la expropiación, con lo cual prácticamente concluye que cuando se da la expropiación, privando del derecho de propietario a un particular se le debe indemnizar, teniendo en cuenta de que la propiedad ya no se va a ejercer por esa persona, así sea que esta se haga por motivos de utilidad pública o interés general, que priman sobre el interés particular. De igual manera se conoce que estos se debe dar por parte de un acto administrativo y no por parte de las autoridades militares quienes en un momento dado pueden es limitar la propiedad privada y agrega la corte italiana que en estos casos no se puede fallar sobre un caso concreto sino que esa corporación se encarga es del estudio de legalidad de las normas.

De igual manera tenemos como sentencias aditivas dentro de esta investigación emanadas de la corte constitucional italiana las siguientes:

Sentencia No 168 de 1963 presidida por GASPARE AMBROSINI; sentencia No 22 de 28 de febrero de 1967 presidente de la corte ANTONIO PAPALDO; sentencia No 190 del 10 de diciembre de 1970 siendo presidente GIUSEPPE BRANCA , sentencia No 63 de 1972 siendo presidente JOSE CHIARELLI; sentencia No 107 de 1974 del 05 de abril ; sentencia No 202 de 1976 siendo presidente de la corte PAOLO ROSSI; sentencia No 311 del 15 DE octubre de 1995 siendo presidente de la corte RENATO GRANADA y sentencia de legitimidad constitucional.

Las sentencias aditivas en España, una mirada desde el punto de vista doctrinal

Para hacer un estudio de la doctrina española acerca de las Sentencias aditivas emitidas por el Tribunal Constitucional, como legislador positivo, se hace necesario precisar que este tribunal fue creado bajo el modelo Kelseniano, y por tal motivo exclusivamente como legislador negativo, pues su competencia solo era atribuida a favor de la inconstitucionalidad por acción, por lo que solo estaba facultada para expulsar del ordenamiento jurídico las normas que después de un proceso resultaban incompatible con los postulados constitucionales, modelo este desvanecido por la aceptación de principios norteamericanos de interpretación conforme a la constitución, otorgándole un rol normativo.

El rol del Tribunal Constitucional Español como legislador positivo ha sido tema de estudio para diversos juristas, entre ellos FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, quien se refiere a este tribunal desde dos tipos de roles, uno que encuentra fundamento en su función primogénita, que es la preserva-

ción de la supremacía de la constitución, y se materializa con la exclusión del ordenamiento jurídico de toda norma contradictoria a la misma – facultad de legislador negativo- y un segundo, donde asume la posición de legislador positivo, un rol creativo de interpretación del ordenamiento jurídico en concordancia con la norma suprema, concluyendo que el Tribunal actúa como órgano de cierre del sistema normativo expresión esta utilizada por CRISAFULLI, y en los dos roles, aun con matices diferentes se pueden vislumbrar un poder normativo cada día más alejado de ese modelo bajo el cual se creó el Tribunal Constitucional Español como lo es el kelseniano, el que lo planteaba como un órgano de jurisdicción concentrada.

Uno de los principales conflictos existentes entre el poder legislativo y el poder judicial es la existencia de omisión legislativa y la necesidad de un control constitucional y aun cuando el derecho positivo Español no contempla la inconstitucionalidad por omisión, ni mucho menos se regula un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, el tribunal ha incorporado el concepto en su jurisprudencia, claro ejemplo de ello es la CSTC. 24/1982, que dice : “... la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional, y el legislador no lo hace ...”

Opina JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS que “ (...) El cometido del Tribunal Constitucional se ajustaría así a la figura del llamado “legislador negativo”. Sin embargo, el carácter normativo de la Constitución —vinculante en todos sus extremos para el conjunto de los poderes constituidos, también para el legislador— y la asunción por aquélla de la cláusula del Estado social como principio estructurador del ordenamiento —con la consiguiente superación del entendimiento liberal de la Constitución como norma estrictamente limitadora de la acción de los poderes públicos— han supuesto no ya sólo la inclusión en el texto constitucional de concretos mandatos de actuación legislativa, sino también la proclamación de un deber general de intervención en la realidad social para acomodarla efectivamente al ideal de las prescripciones constitucionales. De lo que resulta que la garantía de la Constitución (también la garantía jurisdiccional) pasa por la exigencia de la realización de las acciones positivas impuestas por el constituyente al legislador constituido, de manera que el silencio legislativo allí donde la Constitución prescribe la acción legislativa deviene en una omisión inconstitucional que sólo puede repararse con la realización de la actividad normadora omitida”.²²

²² JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS. Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional. XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Vilna, - de mayo de 2008.

Así mismo refiere que *“El principio de la división de poderes y la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional se conjugan en la imposibilidad de que aquella omisión pueda ser suplida por quien no sea el propio legislativo. Pero la normatividad de la Constitución y el pleno sometimiento del legislador a la voluntad constituyente redundan asimismo en la necesidad de que el silencio legislativo contrario a la Constitución haya de ser corregido y reparado en lo posible; desde luego, con la sanción de su denuncia; pero también con la integración del vacío normativo en los términos en que ello sea posible con los instrumentos al alcance de la jurisdicción. Tal es el difícil punto de equilibrio en el que se sostiene la fundamentación constitucional de la inevitable variante positiva que debe asumir en estos casos la función legisladora del Tribunal Constitucional.*

Ciertamente, la cláusula del Estado social imprime a la Constitución española una impronta muy ajena a la del constitucionalismo liberal decimonónico, pero el “activismo” del poder constituyente no alcanza a convertir a la expresión escrita de su voluntad en una Constitución dirigente”²³

Uno de los jurista que exalta el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional como legislador Positivo es LUIS JIMENA QUESADA, fundamentándose en que a pesar de que no existir explícitamente una norma que le confiera competencias en materia de inconstitucionalidad por omisión, no le da la espalda a la problemática, contrarrestándola con la voluntad de la constitución , concluyendo su posición sobre este tema al *manifestar “(...)en ausencia de un procedimiento de un control de constitucionalidad por omisión específico, está llamado a conducir inexorablemente a la utilización de remedios indirectos o alternativo”²⁴*

Por su parte, FRANCISCO JAVIER DIAZ REVORIO, presenta el control constitucional de las omisiones legislativas entre los pocos problemas que plantea la relación entre el poder legislativo y el tribunal constitucional, para quien esto obedece en cierta parte, a que los sistemas de control constitucional de algunos países Europeos entre esos España, no fueron ideados para resolver los conflictos que resultan de las omisiones legislativas, ya que para estos países el sistemas tiene como objeto de control la ley y no la falta parcial o total de ella, pero a pesar de ello los tribunales constitucionales han ido ideando ciertos controles que si bien de cierta manera no han sido lo ideal para resolver esa desidia del poder legislativo, si nos referimos a legitimidad, si posibilitan su control.

²³ JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS. Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional. XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos Vilna, - de mayo de 2008.

²⁴ LUIS JIMENA QUESADA. Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional. Cuadernos constitucionales de la catedra Fabrice furió Ceriol nº 58/59, pp 207-225.

Para referirse a los controles implementado por el Tribunal Constitucional español, con el fin de contrarrestar las omisiones legislativas, debemos inicialmente determinar que la omisiones legislativas se entienden como el silencio legislativo que puede ser total o parcial, o por decirlo de otra manera absoluta o relativa, y es absoluta, ha falta total por parte del legislador del desarrollo una ley o disposición legislativa creando una situación contraria a la norma superior y las relativas o parciales es cuando si bien es cierto existe un texto legislativo este está incompleto o defectuoso desde el punto de vista constitucional, omisiones estas que se pueden controlar a través de sentencias constitucionales llamadas intermedias entre ellas se encuentran las llamadas sentencias aditivas las que de acuerdo a este jurista se han posesionado como las de uso más frecuentes debido a que además de cumplir con su de control constitucional, soluciona el conflicto, asumiendo funciones propias del legislativo.

DIAZ REVORIO, al referirse a las sentencias aditivas expresa que “*Aunque cuantitativamente hablando, el «problema» de las sentencias aditivas no tiene en nuestro sistema dimensiones comparables con las que posee en Italia, lo cierto es que su uso por el Tribunal Constitucional tampoco ha sido extraño, pudiendo contabilizarse en torno a una decena de sentencias aditivas estimatorias, en sentido estricto (87). Además, desde el punto de vista del análisis de los instrumentos utilizados para el control de las omisiones legislativas relativas en los procedimientos de control de constitucionalidad, la importancia que cobran las sentencias aditivas es muy superior, ya que se trata de uno de los mecanismos más utilizados por nuestro Tribunal para hacer frente a este tipo de omisiones. De hecho, podría decirse que, hasta 1989, las sentencias aditivas han sido prácticamente el único mecanismo utilizado en los procesos de inconstitucionalidad (88) para «remediar» omisiones legislativas relativas reconocidas como tales por el Tribunal. A partir de esa fecha, y a medida que avanzaba la década de los noventa, dichas sentencias han ido perdiendo «protagonismo» en favor de la inconstitucionalidad sin nulidad.*

Las sentencias aditivas pueden encontrarse en España tanto en recursos como en cuestiones de inconstitucionalidad, y su pronunciamiento suele adoptar las fórmulas típicas de este tipo de decisiones, señalando que el precepto es inconstitucional y nulo «en cuanto no establece...» (89), «en cuanto excluye...» (90), «en cuanto omite...» (91), o utilizando expresiones similares. Si bien una buena parte de estas sentencias aditivas se enfrentan a una omisión legislativa parcial producida por la incompleta o incorrecta realización del principio de igualdad (al concederse determinadas ventajas o beneficios a determinados grupos o categorías, sin extenderlos a otras que deberían estar incluidos) (92), en otros supuestos la omisión que se trata de resolver no se relaciona con el principio de igualdad. Hay que

destacar en este sentido las sentencias aditivas recaídas en asuntos competenciales o relacionados con la distribución territorial del poder (93), algunas de las cuales señalan la inconstitucionalidad de una omisión contenida en una ley autonómica, por no incluir todos los supuestos previstos en la legislación básica del Estado (94).

Desde luego, el problema fundamental que plantean las sentencias aditivas —que es común en la mayoría de los sistemas que las han utilizado— es el de su legitimidad constitucional. En efecto, al menos aparentemente estas decisiones pueden suponer una invasión de las competencias del legislador, pues al declarar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa (o, más propiamente, de una norma implícita excluyente derivada del texto legislativo) producen un efecto de extensión de las consecuencias jurídicas establecidas en el precepto legal, a supuestos que el mismo no contempla. En mi opinión, para que esta técnica sea admisible esa «extensión» o «integración» de la norma debe ser consecuencia inmediata y necesaria de la anulación de la norma implícita que, derivada del precepto legal incompleto, excluía su aplicación a los supuestos no expresamente previstos. Pero además, para que la utilización de las sentencias aditivas no sea ilegítima, no debe existir margen de discrecionalidad alguno en la aplicación de dichas consecuencias jurídicas a los supuestos que constitucionalmente debían haberse incluido. En los términos utilizados por la doctrina italiana, las sentencias aditivas han de ser a rima obbligatoria, es decir, han de establecer la única opción constitucionalmente impuesta para salvar —al menos parcialmente— la constitucionalidad de la ley. En efecto, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se enfrenta a una opción legislativa ya adoptada, cuya constitucionalidad hay que salvar en la parte en que no sea estrictamente contraria a la Constitución; cuando para salvar dicha constitucionalidad es preciso extender las consecuencias ya establecidas por el legislador a los supuestos no previstos, ello puede realizarse si dicha extensión viene impuesta por la Constitución y no permite margen de discrecionalidad alguno (95). En cambio, cuando exista dicho margen de discrecionalidad, las sentencias aditivas no resultarán un remedio adecuado, debiendo preferirse la utilización de soluciones «bilaterales».

En cualquier caso, no puede ignorarse que es precisa una especial prudencia y cautela en la adopción de las sentencias aditivas, ya que las mismas mantienen en vigor un precepto, cuyo sentido normativo se ve en cierto modo «alterado» tras la intervención del Tribunal, de forma que el abuso en su utilización puede afectar al principio de seguridad jurídica (96).²⁵

²⁵ FRANCISCO JAVIER DIAZ REVELO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO. Revista Española de derecho constitucional año 21. Num. 61. Enero-Abril 2001.

A nuestro parecer DIAZ REVORIO, es uno de los doctrinantes que explica de manera más adecuado y de fácil comprensión, el fin que busca el Tribunal Constitucional al ejercer controles a través de sentencias aditivas, al exaltar la importancia del ejercicio realizado por el Tribunal Constitucional en su labor como legislador positivo, desencadenando de sus afirmaciones el sentido real que ejerce este tribunal cuando asume ese papel, que si bien se puede calificar como una invasión de facultades de otro de los poderes del Estado como es el legislativo, lo que hace en realidad es asumir un papel de colaboración de poderes, para entrar a ejercer una función que por desidia dejó de cumplir el legislador y que conlleva a situaciones contrarias a los postulados constitucionales, dejando claro que aunque esta facultad no está dada mediante un ordenamiento jurídico ha sido desarrollada jurisprudencialmente, teniendo como fundamento primordial la supremacía de la constitución.

MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ, al referirse a las técnicas de decisión con que el Tribunal Constitucional Español ha venido a contrarrestar el problema de omisión legislativa haciendo referencia a las sentencias aditivas ha manifestado que estas *“se trata de una tendencia de decisión cuyo fin es la transformación del significado de la ley bajo control, más que su eliminación o su interpretación conforme. Su pone el territorio límite de actuación de un Tribunal ante una omisión constitucional y su única justificación está en poner orden en la situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador la principal acusación contra ella es que, como sugiere su nombre, implican una función positiva o integradora del Tribunal en contraste con la función negativa << nomofilactica >> que es fundamento de la admisibilidad de un poder irresponsable políticamente que controla la producción del parlamento democrático”*²⁶ agrega además que el Tribunal constitucional cada día está ejerciendo el papel de legislador positivo con menos timidez y que se fundamente para dictar esta sus decisiones como legislador positivo en sentencias tales como la STC 5/198, de 13 de febrero, en la cual manifiesta en su fundamento jurídico «El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución», y la FJ 4, STC 17/1981, 1 de junio «(...) Este requisito deriva, como queda dicho, de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional y del lugar que ocupa en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos órganos legislativos son la representación del pueblo (art. 66 CE). La ley, como emanación de la voluntad popular, sólo

²⁶ MARÍA ANGELES AHUMADA RUIZ. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nom.8 Enero – Abril 1991

puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla». y deja sentado con claridad que desde su punto de vista lo importante en la función de legislador positivo ejercido por el Tribunal Constitucional Español, antes que cualquier formalismo es la preservación del orden constitucional.

De acuerdo a lo expresado por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, tuvieron que pasar muchos años para que el Tribunal Constitucional Español a través de técnicas decisorias propias al margen de decisiones legales, se mostrara como legislador positivo, puntualizando que *“A lo largo de su ya dilatada trayectoria, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de dictar numerosas sentencias interpretativas, no solo desestimatorias, aunque estas hayan sido mayoría, sino también estimatorias. Al hilo de buen número de ellas, en mayor o menor medida, ha operado como legislador positivo, actuación que se ha acentuado en los supuestos en que el Tribunal ha constatado que la inconstitucionalidad era el resultado de una omisión legislativa, particularmente de una omisión relativa, vulneradora por lo mismo del principio de igualdad, circunstancia que ha propiciado en bastantes supuestos sentencias aditivas.”*²⁷

Manifiesta también, que una de las técnicas utilizada para contrarrestar esa desidia del parlamento son las sentencias aditivas al referir que *“El Tribunal Constitucional español, desde el año 1983, ha venido utilizando la técnica de las sentencias aditivas, que, sin duda, constituye la manifestación más característica de esa categoría más amplia que son las sentencias manipulativas. Es imposible, obviamente, pretender referirnos a todas las sentencias de este tipo dictadas en los treinta años de vida del Tribunal. Tan solo aludiremos a algunas, en el bien entendido de que este tipo de decisiones reflejan, con particular nitidez, cómo el Juez constitucional, abandonando el rol kelseniano de legislador negativo, se ha convertido en un verdadero legislador positivo.”*²⁸

Para concluir su estudio acerca del el tribunal constitucional como legislador positivo expresa *“que el Tribunal Constitucional español, como la mayoría de los órganos de esta naturaleza, ha desbordado con creces su supuesto rol de legislador negativo.(...)”*

Ha modulado, cuando no lisa y llanamente ignorado, las previsiones de su propia Ley Orgánica en aspectos referidos a los efectos de sus sentencias

²⁷ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

²⁸ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

de inconstitucionalidad, y a través de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, ha actuado en muchos casos como un auténtico legislador positivo, lo que se ha hecho especialmente patente en las llamadas sentencias aditivas, aunque no solo en ellas.

La modulación de algunos de los efectos legalmente previstos para las sentencias de inconstitucionalidad no hace sino revelar la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que a tales efectos se refiere. Los Tribunales Constitucionales, a nuestro juicio al menos, deben tener siempre a su alcance la posibilidad de graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad a fin de poder acomodarlos a las consecuencias que extraigan de las ponderaciones que deben en ocasiones realizar a la vista de los diferentes principios, bienes y valores constitucionales. No cabe la más mínima duda de que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias.

En cuanto a su más visible actuación como legislador positivo, resultante de cierto tipo de sentencias, como las interpretativas, manipulativas de muy diversa especie, muy en particular aditivas..., en muchas ocasiones viene exigida por la necesidad de restablecer lo más rápidamente posible la constitucionalidad violada, y en otras muchas, porque es la forma más respetuosa de actuación con el propio legislador; por paradójico que ello pueda parecer. Y al margen ya de lo que hasta aquí se ha dicho, no se puede dejar en el olvido que a través de sus fundamentos jurídicos el Tribunal ha venido creando unos precedentes vinculantes a los que bien puede anudarse un carácter asimismo normativo.

En definitiva, son muy diversas las vías que fundamentan que pueda hablarse del Tribunal Constitucional español como verdadero legislador positivo."²⁹

De la doctrina española estudiada se observa claramente que son cada día más los jurista que comparten, justifican y exaltan la función del Tribunal Constitucional Español como legislador positivo, alejándose de ese modelo kelseniano bajo el cual fue creado, que ideaba esta institución como un legislador meramente negativo, al facultarlo solamente para expulsar del ordenamiento jurídico normas contrarias a los postulados constitucionales, tribunal este que a pesar de que no existe ningún norma positiva que lo faculte para ejercer funciones de legislador positivo, es decir crear derecho, o bien, emitir decisiones de efectos generales asimilables a la norma, lo ha hecho en pro de preservar el orden constitucional, fundamentándose en sentencias tal como lo indica la jurista MARIA ANGELA AHUMADA

²⁹ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

RUIZ y principalmente a través de sentencias aditivas como la dictada en el caso las sentencias 103/1983 que es uno de los primeros ejemplos de decisiones aditivas. En el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo nº 1 de Madrid en torno a la posible inconstitucionalidad del Art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, por vulnerar el derecho a la igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, consagrado por el Art. 14 de la Constitución. Según la citada norma de la Ley de la Seguridad Social, la viuda de un trabajador tenía derecho a percibir una pensión de viudedad si concurrían las dos siguientes condiciones: que hubiese convivido habitualmente con el causante de la pensión o que, en caso de separación conyugal, la sentencia firme la hubiera reconocido inocente; y que el cónyuge causante de la pensión, siendo trabajador por cuenta ajena, hubiese completado el periodo de cotizaciones reglamentariamente determinado, salvo que la causa de la muerte fuese un accidente de trabajo o no laboral. El derecho del viudo de sexo masculino estaba, sin embargo, sometido a un condicionamiento adicional por el referido Art. 160.2. Para tener derecho a la pensión, se le exigía, además de las condiciones precedentes, que al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión se encontrara incapacitada para el trabajo y estuviera a cargo de ella. Si en este caso el Tribunal Constitucional hubiese declarado la nulidad de la ley al considerar que con la violación al derecho de la igualdad era contrario a los postulados constitucionales se hubiese incurrido en un problema mayor debido a que mientras el parlamento enmendara la inconstitucionalidad se lesionaba el derecho de pensión de los beneficiarios según la ley correspondiente, y en ello reside la naturaleza aditiva de la decisión, pues el Tribunal en aras de no provocar nefastas consecuencia lo que hace mediante estas sentencias es rechazar la interpretación que viola el principio de igualdad y deja vigente la conforme a la constitución solo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino.

Conclusiones

Teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, se puede concluir que las sentencias integradoras aditivas, son la tendencia en el derecho constitucional contemporáneo, dado que son muchas las altas cortes que en su función de juez constitucional se han decidido a expedir este tipo de providencias; corriente que no ha sido ajena a nuestra Corte Constitucional, pues en desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad, han sido muchas la sentencias del tipo aditivo que ha

proferido, con lo cual ha abandonado el modelo kelseniano del legislador negativo, para convertirse en un verdadero legislador positivo moderno, que en su labor de salvaguardar la supremacía de la constitución, le brinda prevalencia a la conservación del derecho.