



Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano.¹

Alejandra Marcela Arenas Moreno

Abogada y Especialista en Derecho Constitucional
de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

En el presente artículo, a partir de la fuerza normativa de la Constitución y supremacía constitucional se analizan los diversos aspectos en torno a las omisiones legislativas inconstitucionales, deteniéndose en la necesidad de establecer los requisitos esenciales para que dicha figura jurídica sea fiscalizable por el órgano constitucional competente. Dicho temario se contextualiza al caso colombiano, tanto desde la Constitución Política de 1991, como la doctrina de la Corte Constitucional, para luego mostrar las razones que apoyan la viabilidad de control de todo tipo de omisiones legislativas – tanto absolutas como relativas- por parte del Tribunal Constitucional de Colombia

Palabras Clave: Supremacía constitucional, fuerza normativa de la Constitución, omisión legislativa inconstitucional, jurisdicción constitucional.

Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano.

Introducción.

Abordar el tema acerca de las omisiones inconstitucionales y su control jurisdiccional no resulta fácil, debido a que en torno a él giran diferentes cuestiones importantes tales como: la fuerza normativa de la Constitución, las normas constitucionales programáticas, los deberes constitucionales, la división de poderes, eficacia de los postulados constitucionales, supremacía de la Constitución, dictadura de los jueces, entre otros. Con este planteamiento lo que se busca enfatizar es que el tema enunciado presenta diferentes puntos de vista; en esa medida en el desarrollo del presente trabajo no se pretende tratar íntegramente dichos asuntos, sino dar una mirada general y enunciativa a algunos de ellos, con el fin de apoyar la tesis que sostiene que la Constitución posee fuerza normativa vinculante para todos los poderes públicos -incluido el legislador- y por tanto debe primar su supremacía.

Para cumplir dicho cometido se presenta el siguiente plan de trabajo: en principio se hará un intento por argumentar sólidamente en que consiste la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, con el fin de mostrar, desde dicho punto de vista, la importancia de tomarse en serio las omisiones legislativas; luego se brindarán pautas generales que nos sirven para la identificación de las omisiones legislativas, ejemplificando algunas de ellas a partir de la Constitución Política de 1991; luego se enunciarán brevemente las figuras de omisión legislativa absoluta y relativa, tanto desde la teoría como desde la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, así como la viabilidad del control de las omisiones legislativas en Colombia. Posteriormente, se expondrá el caso de Brasil y Portugal, donde sus Constituciones expresamente consagran la acción pública de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Por último se enunciará la tesis a favor de la institucionalización de esta figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano, acompañado de unas breves conclusiones.

Fuerza normativa de la Constitución.

La fuerza normativa de la Constitución se ve debilitada entre otras, por la vulneración activa y omisiva de sus postulados, lo que conlleva a su ineficacia y falta de concreción. Ello producido en ocasiones, por la inactividad del legislador, al no sentirse vinculado por los mandatos constitucionales, como puede ocurrirle también a los demás poderes públicos. Sumado a ello, cuando una Constitución –como la nuestra- consagra una serie de derechos y facultades que, traídos a la realidad social son casi imposibles de efectivizar; el juez constitucional se ve en la tarea de asumir las demandas de los ciudadanos frente a estos derechos.

Para Kelsen² la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, donde se estipulan los valores superiores de un ordenamiento y desde esa primacía es capaz de exigir cuentas, de establecerse como el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. La Ley Fundamental como norma jurídica resulta exigible ante los jueces y vinculante tanto para los ciudadanos como para los

² Citado por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” Editorial Civitas S. A. Pág. 123.

poderes públicos; en ese orden de ideas, son fiscalizables por parte del Tribunal Constitucional no solo las acciones de dichos entes, sino también sus omisiones.

Ocurre entonces lo que el profesor Víctor Bazán³ denomina la “metamorfosis”, consistente en pasar de la pretensión de omisión por parte de los poderes públicos, en tanto se trate de derechos de defensa, que clásicamente se garantizan por el no intervencionismo del Estado en su desarrollo, a la prohibición de omisión, es decir, la posibilidad de exigirle a las autoridades públicas que no omita, que intervenga en la materialización de las prestaciones garantizadas por la Constitución, como es el típico caso de los derechos sociales.

En esa medida al Estado le corresponde entre otros, promover condiciones que garanticen la vigencia de los postulados constitucionales. Para el caso colombiano, podemos citar algunos ejemplos de la Constitución Política de 1991: ARTÍCULO 2° — Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, *promover* la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...), ARTÍCULO 55°—Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado *promover* la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo; ARTÍCULO 70°—El Estado tiene el deber de *promover* y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional (...), ARTÍCULO 226°—El Estado *promoverá* la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. (Cursivas fuera de texto).

Es indispensable además referenciar que la Constitución Política de Colombia, está compuesta no sólo por sus 380 artículos, sino que en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, hacen parte de ella y tienen rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario ratificados por el Congreso; esto en virtud del artículo 93 Superior. El bloque de constitucionalidad se compone por normas y principios que, sin presentarse formalmente en el articulado de la Carta Política, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, puesto que han sido normativamente integrados a la Constitución. De esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Así lo dispuso la propia Corte Constitucional en sentencia C 225 de 1995⁴.

Para el tema que nos ocupa, es importante señalar que la omisión legislativa inconstitucional también puede originarse en un postulado constitucional que haga parte del bloque de constitucionalidad, puesto que como ya se explicó, las normas que conforman dicho bloque tienen fuerza y rango de Constitución.

Si se parte de la premisa que la Constitución es “norma de normas”, tal como se encuentra estipulado en el artículo cuarto de la Constitución Política de 1991, se debe armonizar dicho

³ BAZÁN Víctor. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. **En** Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 46.

⁴ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

precepto con su supremacía, esto es, que ninguna ley de inferior jerarquía, puede contravenir los mandatos constitucionales, pues de ser así se estaría frente a una norma inconstitucional. Esto constituye una violación de los postulados constitucionales por “acción”, pero como ya se reseñó, se considera que dichos preceptos también pueden violarse vía “omisión”, lo que ocurre justamente cuando el Legislador omite cumplir un deber constitucional que tenga como fin materializar y mantener la vigencia de la Carta Política.

Supremacía constitucional.

El mejor argumento para que el Tribunal Constitucional avoque conocimiento respecto de omisiones legislativas presuntamente inconstitucionales, lo encontramos en la denominada supremacía constitucional, cuyos inicios van de la mano del Tribunal Constitucional en la historia; sostiene el profesor Hans Kelsen, en “la Garantía Jurisdiccional de la Constitución⁵”, que la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente, a saber: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden. La Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate y por tanto la norma jurídica suprema del ordenamiento.

Para Kelsen⁶, la Constitución es la norma que regula la elaboración de las demás leyes; mediante dicho proceso de creación se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas del Estado. Esta regla sobre la creación de normas que conforman el ordenamiento jurídico, permiten la materialización de los órganos del Estado y determinan el procedimiento que la legislación debe seguir, forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra.

En otros términos, el valor supremo de la Constitución es tal que no solo fija deberes constitucionales al Legislador para que desarrolle determinados contenidos, sino que, regula la forma en que dichas normas deben crearse. Por tanto la Constitución, como bien lo expresa el artículo cuarto de nuestra Carta Política, es norma de normas, y el control sobre la compatibilidad entre las leyes y la propia Carta por parte del Tribunal Constitucional, constituye su mayor garantía. O en términos del propio Kelsen⁷: “Las garantías de la Constitución no son entonces más que medios contra leyes inconstitucionales”.

Con el fin de reafirmar el valor supremo que guarda la Constitución Política, se trae a colación lo pronunciado por el Juez Marshall, quien en la histórica Sentencia del caso *Marbury vs. Madison*⁸, plantea que, o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el legislativo puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria. Es decir, entre ambas alternativas no hay término medio posible: o la Constitución es una ley superior, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca. Este es el punto de partida para decir que, la Constitución es la norma suprema y

⁵ Kelsen Hans. La garantía Jurisdiccional de la Constitución. En *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Selección y Presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate. Madrid. Pág. 114

⁶ Op cit. Pág. 115

⁷ Op Cit. Pág. 116

⁸ Sentencia *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos de América. (24 de febrero de 1803). Traducción profesor IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA.

como tal, debe siempre tener aplicación preferente frente a las demás normas del ordenamiento jurídico de menor jerarquía.

Sin embargo, resulta indispensable enunciar que las cláusulas constitucionales pueden enmarcarse de modo muy general en programáticas y operativas⁹, sobre las primeras se puede mencionar que las mismas requieren desarrollo legislativo para poder cumplir el fin constitucional que le haya sido asignado; mientras que las segundas, esto es, las normas constitucionales operativas, pueden describirse como auto aplicables y en esa medida no requieren de otras normas para efectivizarse. Para el caso colombiano, los derechos fundamentales invocados mediante acción de tutela encajan perfectamente en las normas constitucionales de tipo operativo, su aplicación inmediata le proporciona al juez constitucional herramientas suficientes para resolver el caso sub examen desde la consagración en la Carta Política, sin necesidad de que exista ley que regule el derecho en cuestión.

En la T 406 de 1992, sentencia hito de nuestro Tribunal Constitucional, al respecto de la garantía de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela manifestó que:

*“Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una "textura abierta", como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”*¹⁰

Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional en sentencia T 760 de 2008¹¹, uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ es el concepto de ‘*dignidad humana*’, el mismo que de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591, artículo 2, debe ser valorado justamente enmarcándolo dentro de la situación particular de cada persona.

En esa medida, la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales que con ella se busca, no se encuentra supeditada al desarrollo legislativo de los mismos, es más, no es necesario que el derecho fundamental invocado se encuentre expreso dentro del Texto Constitucional, basta con que el juez constitucional dentro del caso concreto, logre identificar la vulneración de dicho derecho.

Resulta oportuno retomar lo señalado líneas arriba, respecto del carácter prestacional de los derechos sociales, puesto que en nuestra Constitución Política estos derechos están consagrados en cláusulas programáticas y –como ya se dijo- requieren desarrollo de normas infra constitucionales para ser materializados. Frente a estos derechos pueden predicarse de forma más evidente omisiones legislativas inconstitucionales.

⁹ Distinción hecha por el profesor Víctor Bazán. Op Cit. Pág. 49

¹⁰ Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

¹¹ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

La Corte Constitucional ha manifestado que la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional¹², es considerado como un *derecho prestacional y programático*, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada *prestación* (...). Es entonces comprensible, razonable y coherente que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer término, del cálculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, etc, y en segundo término, del subsidio implícito del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social (C.P. art. 48).

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que:

“(...) en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (...)”¹³.

El caso más diciente de omisión legislativa respecto de un derecho social consagrado en la Constitución Política de 1991, corresponde al artículo 53 constitucional, que establece lo siguiente: el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...). Han transcurrido 20 años desde la expedición de la Constitución Política de 1991 y el Congreso aún no ha cumplido el citado mandato constitucional, cabe anotar que el mismo se encuentra dentro del capítulo dos, denominado: de los derechos sociales, económicos y culturales.

En pocas palabras, como lo plantea el autor Rupert Scholz¹⁴: la Constitución no podrá jamás desarrollar ella misma, en forma directa y definitiva una “realidad social”, tampoco

¹² Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

¹³ Sentencia SU- 819 de 1999 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ SCHOLZ Rupert. “Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal” [En línea]. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2002. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pd>. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

podrá diseñarla. Concretar las demandas sociales atinentes al Estado Social de Derecho, constituye un verdadero compromiso con la situación socio – política que este predica.

Justamente, porque resulta imposible desarrollar en manera íntegra las cláusulas constitucionales, especialmente las de tipo programático, dentro del propio texto constitucional, es que se hace necesario por parte del Legislador, darle desarrollo a las mismas a través de las leyes. Esto constituye lo que el tratadista Gomes Canotilho¹⁵ denomina: “derecho objetivo a la normación”, derecho a exigir una actuación positiva del Legislador; exigencia que si no se lleva a efecto puede desembocar en una omisión legislativa inconstitucional, tal como se verá más adelante.

Se plantea el siguiente interrogante: ¿si la Constitución Política le ordena expresamente al Legislador desarrollar un punto específico de su articulado, y dicho órgano omite hacerlo, no será ésta una situación jurídica de relevancia constitucional, de supremacía constitucional, que merece un pronunciamiento serio y de fondo de parte del Tribunal Constitucional?

Para entender mejor el asunto, a continuación se caracterizará la omisión legislativa inconstitucional, enunciando los requisitos que debe cumplir para poder ser fiscalizada por el órgano de control.

Características generales de la omisión legislativa inconstitucional.

El autor Bidart Campos¹⁶ manifiesta que la omisión legislativa inconstitucional consiste en incumplir los mandatos constitucionales que son de carácter permanente y concreto. En esa medida, para que la omisión se considere inconstitucional no puede reducirse a un simple “no hacer”, puesto que requiere incumplir aquello a lo que de forma concreta el legislador se encontraba constitucionalmente obligado. Un elemento importante a la hora de verificar si se está o no frente a una omisión legislativa inconstitucional, es el temporal, debido justamente, a que ninguna omisión puede describirse en abstracto y para concretizarla es necesario examinar en el caso puntual, el tiempo en el cual debió ser expedida la ley y la necesidad de producción de la misma para mantener el orden constitucional.

Lo anterior significa que para tener certeza acerca de si la omisión repunta como inconstitucional, debe comprobarse en primer lugar que se está frente al desconocimiento de un mandato o deber constitucionalmente ordenado, en segundo término se debe examinar si dicho mandato es concreto, es decir, que resulte vinculante para el legislador, luego, debemos evaluar el espacio de tiempo transcurrido desde que se emitió la orden.

Parafraseando a los Magistrados¹⁷ de la Corte Constitucional que aclararon su voto dentro de la sentencia C 543 de 1996¹⁸ se pueden recapitular los elementos esenciales para identificar la omisión legislativa inconstitucional en los siguientes dos ítems:

¹⁵ Citado por FERNANDEZ SEGADO Francisco. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? **En** Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 36.

¹⁶ BIDART CAMPOS Germán. Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales. **En** Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 14 y ss.

¹⁷ Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

a) Deber constitucionalmente mandado. Sólo se puede hablar de omisión legislativa allí en donde la Carta impone al Legislador el deber de expedir una determinada regulación; la función legislativa no se reduce a la simple ejecución de los postulados constitucionales, además, es un órgano que toma decisiones libres dentro del marco permitido por la Carta. Se hace necesario entonces diferenciar aquellos ámbitos en donde el Congreso tiene la facultad de desarrollar o no un determinado tema, de aquellos otros donde el Texto Constitucional le impone la obligatoria reglamentación de una institución o un derecho. A manera de ejemplo tenemos que la Constitución Política faculta la reglamentación de los jueces de paz, pero no impone una obligación expresa de desarrollar la materia mediante la ley, puesto que el artículo 247 superior señala que la ley "podrá" crear estos jueces; por tanto, en preciso sentido, no se puede jurídicamente hablar de omisión legislativa en este campo, pues el Congreso no tiene la obligación constitucional de consagrar esta figura. Caso contrario, se encuentra en el ya referido artículo 53 superior, donde no sólo se faculta al Congreso para que expida el estatuto del trabajo sino que le ordena hacerlo, por lo cual en este caso podría existir una verdadera omisión inconstitucional del Legislador.

b) Carácter manifiesto de la omisión legislativa. La omisión debe saltar a la vista, lo que implica tener presente diversos criterios: si la norma constitucional ha fijado un determinado plazo para que el Legislador cumpla el mandato, la verificación de la omisión legislativa plantea menos dificultades. Por ello, si no existe tal término, el juez constitucional debe analizar otros elementos, como la razonabilidad del tiempo transcurrido, las dificultades para expedir la regulación por la complejidad del tema, la existencia o no de tentativas para aprobar la ley, las implicaciones de la omisión legislativa para el goce de los derechos constitucionales, entre otros.

Respecto de los parámetros temporales para detectar la omisión inconstitucional, tal como lo plantea el profesor Bazán¹⁹, resulta indispensable cuestionarse acerca de ¿cuál es el período de tiempo válido para que el órgano legislativo omita cumplir un deber constitucional sin incurrir en una omisión de tipo inconstitucional?

Para ello y debido a los diferentes tipos de normas constitucionales, lo primero sería revisar sobre qué tipo de norma constitucional se pretende predicar la omisión, así como la manera en que la misma se encuentra redactada y qué tipo de derecho o facultad está consagrado en ella.

Es importante precisar si en el mandato constitucional se encontraba establecido un término expreso para cumplirlo; si la norma constitucional trae consigo el término en que debe emitirse la legislación, resulta más fácil demostrar la omisión por parte del Legislador; caso contrario, cuando la norma no nos habla de un término, se deben dar las razones de relevancia constitucional, por las cuales la norma es necesaria en este momento para materializar los postulados constitucionales, apuntando así que la omisión es de tipo inconstitucional; además el hecho de que no se establezcan plazos, no significa que el órgano legislativo pueda omitir el cumplimiento del mandato por término indefinido, pues se corre el riesgo de que se congelen algunos derechos constitucionales, por carecer de

¹⁹ BAZAN Víctor. Op cit. Pág. 56

normas infra constitucionales que los desarrollen. Así lo plantea el profesor Néstor Pedro Sagües²⁰, al teorizar respecto de la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina).

Desde la Constitución Política de 1991, se puede mostrar mejor el asunto, para ello, primero se enunciarán normas que no establecen un determinado período de tiempo para que el Legislador las desarrolle a través de la expedición de leyes:

“ARTÍCULO 61°—El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley (...) ARTÍCULO 69°—Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo (...) ARTÍCULO 78°—La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (...) ARTÍCULO 124°—La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”

De otro lado, en el ARTÍCULO 150 se consagra lo siguiente: corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 4. *Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.* Concordado con lo estipulado en el ARTÍCULO TRANSITORIO 38°—

“El gobierno organizará e integrará, en el término de seis meses, una comisión de ordenamiento territorial, encargada de realizar los estudios y formular ante las autoridades competentes las recomendaciones que considere del caso para acomodar la división territorial del país a las disposiciones de la Constitución. La comisión cumplirá sus funciones durante un período de tres años, pero la ley podrá darle carácter permanente. En este caso, la misma ley fijará la periodicidad con la cual presentará sus propuestas.”

Las precitadas normas constitucionales dan pie para enunciar la segunda gran omisión legislativa²¹ de nuestro ordenamiento jurídico, a saber: el plan de ordenamiento territorial nacional, el cual, no obstante haber sido ordenado en el artículo 150 – 4 y afianzado en el artículo transitorio 38 de nuestra Carta Política; veinte años después, el Congreso de la República de Colombia no ha expedido.

En cuanto a mandatos constitucionales que estipulen plazos para su desarrollo, se pueden traer a colación los siguientes: ARTÍCULO 349°—Durante los tres primeros meses de cada

²⁰ SAGÜES Néstor Pedro. La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro. **En** Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 113

²¹ Cabe recordar que la primera omisión referenciada corresponde a la no expedición del Código Sustantivo del Trabajo, ordenado en el artículo 53 superior.

legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley orgánica, el Congreso discutirá y expedirá el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones. Los cómputos de las rentas, de los recursos del crédito y los provenientes del balance del tesoro, no podrán aumentarse por el Congreso sino con el concepto previo y favorable suscrito por el ministro del ramo, ARTICULO TRANSITORIO 21°—Las normas legales que desarrollen los principios consignados en el artículo 125 de la Constitución serán expedidas por el Congreso dentro del año siguiente a su instalación. Si en este plazo el Congreso no las dicta, el Presidente de la República queda facultado para expedirlas en un término de tres meses. A partir de la expedición de las normas legales que regulen la carrera, los nominadores de los servidores públicos la aplicarán en un término de seis meses. El incumplimiento de los términos señalados en el inciso anterior será causal de mala conducta. Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución, ARTICULO TRANSITORIO 55°—Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...).

Respecto del artículo transitorio 21, que hace alusión a la expedición de normas que desarrollen el artículo 125 constitucional, es importante señalar, que si bien, la misma norma consigna un plazo expreso para que el Congreso cumpla dicha labor, a la vez plantea una solución en caso de incumplimiento, esto es, la potestad que se le otorga al Presidente de la República para hacerlo. Este es un asunto interesante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, planteado como está, vale la pena preguntarse si en caso de incumplimiento por parte del Congreso, y aun cuando el Presidente supliere dicha labor, ¿se consolidaría una omisión legislativa inconstitucional?

A continuación, y luego de haberse presentado a grandes rasgos las características de la omisión legislativa inconstitucional, se ofrece una definición, que se considera recoge sólidamente dichas particularidades; para posteriormente, conceptualizar la omisión legislativa absoluta y relativa.

De acuerdo con el profesor Fernández Rodríguez²², se conceptualiza la omisión legislativa inconstitucional como: *“la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”*.

Omisión legislativa absoluta.

La omisión legislativa es absoluta, cuando el Legislador omite regular totalmente la materia contenida en el mandato constitucional, en cierta medida, puede asemejarse a una laguna jurídica, al no dar desarrollo, dentro del ordenamiento vigente, a un precepto constitucional,

²² FERNANDEZ RODRIGUEZ José Julio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. En Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 123.

que requiere justamente de dicho pronunciamiento para ser aplicable de modo eficaz. La distinción entre omisión absoluta y relativa se debe a Wessel²³.

De otro lado, cuando la omisión es materialmente inconstitucional, estamos frente a la omisión legislativa relativa, según lo plantea el autor Bidart Campos²⁴; porque a pesar de haberse dictado la Ley, la misma desconoce principios materiales de la Constitución, resultando violatoria entre otros, del principio de igualdad, al no regular todas las situaciones análogas al supuesto y por tanto resulta siendo parcialmente inconstitucional.

A partir de la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, podemos enunciar brevemente que dicho órgano de control ha venido diferenciando entre omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas: respecto de las primeras ha manifestado no ser competente para conocer de dicho asunto, puesto que, al no existir pronunciamiento alguno por parte del Legislador frente a un tema determinado, no existe parámetro que comparar con el texto constitucional y en esa medida, no es dable pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad o no de la misma.

Así lo ha dejado plasmado, por ejemplo en la sentencia C 543 de 1996 -Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz -, donde entre otras afirmaciones, encontramos que la acción pública de inconstitucionalidad aunque permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, en momento alguno autoriza examinar lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales; por el contrario lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución, por esta razón, se excluye de esta forma de control evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores, no hay acto que pueda ser sujeto de control. Concluye el Alto Tribunal que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

Llama la atención, sin embargo, que en la misma sentencia, la Corte Constitucional reconoce que el Legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de dos maneras, y que una de ellas, precisamente se origina cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución, es decir, cuando estamos frente a una omisión legislativa absoluta. Para la Corte resulta claro que existe violación de un deber constitucional, pero, a renglón seguido, manifiesta no ser competente para conocer de dicha violación.

En la sentencia C 041 de 2002²⁵, nuestra Corte Constitucional respecto de la omisión legislativa absoluta consideró que ésta consiste en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable. Por sustracción de materia, la ausencia íntegra de normatividad no puede ser confrontada con ningún texto, lo cual incluye, por supuesto, los postulados constitucionales; la jurisprudencia admite que frente a este tipo de omisiones el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio de constitucionalidad correspondiente.

²³ Así lo sostiene el autor Bidart Campos en la precitada obra. Pág. 18.

²⁴ Op. Cit. Pág. 17.

²⁵ MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Omisión legislativa relativa.

Sin embargo, la Corte Constitucional, asume competencia respecto de las denominadas omisiones legislativas relativas, en donde, se adopta, en nuestra jurisprudencia constitucional, dos tipos de dogmáticas: en primer lugar la figura alemana de la “exclusión arbitraria de beneficios” que tiene como metodología para el control, el parámetro normativo de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, y por otro lado la doctrina italiana de las sentencias sustitutivas e integradoras, ya que en la parte resolutive, la Corte Constitucional, mediante sentencia, puede corregir la legislación objeto de control integrando el precepto, convirtiéndose de esta manera no solo en un legislador negativo según la expresión de Kelsen, sino en un legislador positivo y activo.

En la citada sentencia C 543 de 1996, nuestro Tribunal Constitucional, acepta que la omisión legislativa relativa, es el tipo de omisión que parte de supuestos de diferenciación o discriminación que vulneren derechos fundamentales. En este caso sí se expidió la legislación por parte del órgano competente, pero se omitieron ciertos aspectos que vulneran derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, que pueden ser corregidos o integrados por sentencia.

Es así como nuestra Corte Constitucional en sentencia C 522 de 2009²⁶, al respecto de las omisiones legislativas relativas manifiesta que se presentan en aquellos casos en los que efectivamente existe un desarrollo legislativo vigente, pero el mismo ha de considerarse imperfecto, puesto que excluye de manera implícita un elemento normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, tenía que haberse contemplado al desarrollar legislativamente la materia, por lo que, resulta posible ocuparse de estas omisiones legislativas, pues existe un precepto legal sobre el cual pronunciarse, y es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos constitucionales de los que emanaría el deber incumplido por el legislador.

Respecto de los tipos de sentencias a que puede llegar la Corte, en virtud del estudio de las omisiones legislativas relativas, se expresó en la misma sentencia que la decisión que devuelve la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica; tanto así que en algunos casos la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexecutable, del elemento normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, o en otras palabras, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él. Por otro lado pueden existir ocasiones donde lo procedente es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, en la que declare que la disposición demandada es executable, pero, con la condición de que sus efectos se extiendan a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, justamente, aquellas sobre las cuales se encontró probada la omisión legislativa.

Vemos que en materia de omisiones legislativas relativas, la Corte Constitucional ha elaborado una teoría importante, que ha permitido la protección de diferentes derechos constitucionales, violentados por el legislador, cuando en función de un deber constitucional, omite un elemento esencial para que dicha legislación cumpla su cometido,

²⁶ Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

esto es, materialice los preceptos constitucionales, otorgando verdaderas facultades y derechos a las personas.

Viabilidad de control constitucional de las omisiones legislativas en Colombia.

Acerca de la viabilidad de control constitucional sobre las omisiones legislativas, lo primero que se debe señalar es que en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisdicción constitucional fue creada en la Constitución Política de 1991.

El modelo constitucional colombiano que la jurisprudencia ha llamado difuso funcional se caracteriza por comprender por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad, y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales o al hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos sometidos a su consideración.

En este esquema la Corte Constitucional es el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, para lo cual debe ejercer su labor en los estrictos y precisos términos señalados en el artículo 241 Superior; norma que comprende un amplio y detallado marco de competencias, coherente con su naturaleza como principal autoridad encargada de ejercer el control constitucional en Colombia.

Como lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de control abstracto de constitucionalidad, ella tiene la más amplia competencia mientras que el Consejo de Estado, por vía residual, conoce de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte.

En virtud de estas competencias concurrentes en el control abstracto de constitucionalidad, la Corte cumple la labor principal y prevalente, para lo cual tiene asignadas las más amplias funciones, pero limitadas por el marco previsto en el artículo 241 Superior, mientras el Consejo de Estado cumple una función residual, limitada a su vez por el artículo 237-2 Superior.

Referente al tema que nos ocupa, y como ya se observó en la doctrina de la Corte Constitucional, dicho órgano ejerce control abstracto a través de la acción pública de inconstitucionalidad respecto de las denominadas omisiones legislativas relativas. En cuanto a las omisiones legislativas absolutas, el Alto Tribunal ha manifestado no tener competencia sobre las mismas. Sin embargo, y en virtud de la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, existen algunas posiciones tendientes a sostener que esta decisión de la Corte, no es acertada ni coherente con los fines constitucionales que dicho órgano está llamado a preservar.

Así lo consideraron los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en aclaración de voto de la Sentencia C 543 de 1996, y cuya tesis puede resumirse en los siguientes términos: Partiendo de la premisa de que la Constitución es norma de normas y de que ella no sólo contiene prohibiciones o reglas de competencia, sino que, además exige deberes positivos a los diversos órganos del Estado, entre los cuales está obviamente incluido el Legislador, si este no cumple esos mandatos específicos, podría configurarse una violación a la Carta que, en caso de ser demandada, caería bajo la

competencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 241, ordinal cuarto de la Carta Política.

Las interpretaciones conformes a la Constitución de los textos legales acusados en demandas de inconstitucionalidad, supone el reconocimiento de que el control constitucional recae en esencia sobre las normas derivadas de las leyes por vía de interpretación, más que sobre los textos en sí mismos considerados, esto es, sobre los contenidos materiales de las leyes. De donde una omisión legislativa absoluta no genera un vacío de regulación sino una norma específica. Por tanto no es dable afirmar que la Constitución sólo prevé control sobre las actuaciones del Legislador y no sobre sus omisiones absolutas, puesto que, en determinados casos, éstas pueden implicar una violación de la Carta, que no podría el Alto Tribunal dejar de controlar, pues le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241).

Lo anterior deriva de la propia naturaleza normativa de la Constitución y de la definición de Colombia como Estado social de derecho (CP arts. 1º y 4º), pues en nuestro ordenamiento jurídico, las autoridades no sólo tienen deberes negativos o de abstención, como en el Estado liberal, sino que tienen obligaciones positivas o de hacer, las cuales en muchas ocasiones, son la contrapartida de los derechos prestacionales de las personas. En consecuencia, los poderes del Estado, incluido obviamente el Legislador, pueden violar la Carta si no cumplen esas obligaciones, lo cual implica un cierto cambio de la función del control constitucional.

Finaliza la tesis de los Magistrados considerando, que si se asume en todos sus efectos la fuerza normativa de la Constitución y las consecuencias de la adopción del Estado social de derecho, necesariamente habrá que esgrimir que el juez constitucional puede ser, excepcionalmente, un garante del propio desarrollo de la Carta, por lo cual su función es también estimular la actividad de las otras autoridades.

En ese orden de ideas, se plantea que en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestra Carta Política y la doctrina de la Corte Constitucional, existen parámetros y razones suficientes para que dicho Tribunal, asuma la competencia para conocer de la inconstitucionalidad por omisiones legislativas absolutas, cuando se trate, claro está, del incumplimiento por parte del Legislador, de un deber constitucionalmente mandado e incumplido de forma irrazonable.

Si se parte de la idea que la omisión legislativa absoluta, es un hecho inconstitucional, un estadio de la realidad, que no corresponde con los postulados constitucionales, el Tribunal Constitucional en cumplimiento de su función de guardián de la supremacía e integridad de la Carta, debe abrogarse competencia para conocer de la misma, puesto que, no se pretende en momento alguno proponer que el juez constitucional asuma competencias de legislador en todo el sentido de la palabra, sino que la Corte Constitucional, como producto de asumir la competencia en materia de omisiones legislativas absolutas, debe emitir sentencias exhortativas²⁷, más conocidas como sentencias con efectos diferidos.

En la jurisprudencia constitucional colombiana se cuenta con la posibilidad de diferir los efectos de las sentencias en el tiempo, puede entonces el órgano de control en sus

²⁷ Como efectivamente lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia T 025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, donde exhorta a varios estamentos públicos a cumplir una serie de acciones, en un tiempo determinado.

providencias dar un plazo perentorio para que el órgano legislativo actúe, corrija o integre un precepto declarado inconstitucional. Tal como sucedió en la sentencia C 473 de 1994²⁸, donde se demandaron los artículos 416, 430 y 450 (todos parcialmente) del Código Sustantivo del Trabajo, y en cuya parte resolutive, numeral cuarto ordenó: *“Exhortar al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución”*

Sin embargo, de la citada sentencia C 543 de 1996, se pueden extraer razones traídas a colación por la Corte Constitucional, para apoyar su posición, en cuanto a no tener competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. A continuación se enuncian dichas tesis y seguidamente se plantea un comentario respecto de cada una de ellas:

a) En las acciones de inconstitucionalidad lo que se controla es el texto mismo de la norma y si se está ante una omisión, existe es un vacío de regulación, es decir, hay ausencia de texto. Esta es la razón principal, por la cual nuestro Tribunal Constitucional no asume competencia respecto de las omisiones legislativas absolutas, tal y como se anotó anteriormente, la Corte Constitucional, manifiesta que por sustracción de materia no puede ejercer control sobre la “nada”. Al no existir regulación alguna, no es posible establecer un parámetro de comparación entre los postulados constitucionales y la presunta omisión.

b) La Constitución no impone plazos para que el legislador pueda cumplir con su obligación de legislar. En consecuencia, mal podría sostenerse el incumplimiento de una obligación de hacer si no se señala el tiempo dentro del cual debe realizarse ésta; requisito que también es indispensable para determinar si la omisión es justificable o no. Al respecto, cabe recordar la caracterización que se hizo en cuanto a los requisitos estructurantes de la omisión legislativa, para que posteriormente tenga posibilidad de predicarse como inconstitucional. El plazo, es sin duda, un elemento determinante en materia de omisiones legislativas, como bien lo sostiene la Corte, es el elemento a valorar para concluir si la omisión legislativa es razonable o no; sin embargo, y sin perder de vista la libertad de configuración legislativa que reviste a dicho órgano, es oportuno traer a colación el valor normativo de la Constitución y el poder vinculante que recae en todos los poderes públicos. En esa medida, cuando se presente duda respecto del plazo razonable para expedir la regulación que materializará un precepto constitucional necesario para mantener la vigencia de la Carta, es procedente analizar desde la supremacía constitucional tanto la necesidad de expedición de dicha norma, como las razones que pesan sobre el legislador para no haberlo hecho, en un plazo que a simple vista parece “irrazonable”.

c) Si con ocasión de la omisión se violan derechos o libertades reconocidas por la Constitución, es ella misma la que contempla otras acciones para protegerlos. En nuestro ordenamiento jurídico, se cuenta con diversas acciones constitucionales, que buscan garantizar la efectividad de determinados derechos, es así como la acción de tutela es el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos fundamentales (CP Art. 86); el habeas corpus para la protección de la libertad personal (CP Art. 30); la acción popular para la protección de los derechos colectivos (CP Art. 88); sin embargo, nuevamente entramos en la discusión acerca de ¿cuál es el mecanismo de protección ideal para los derechos sociales, consagrados en cláusulas prestaciones o programáticas? En principio se

²⁸ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

pensaría que la acción de cumplimiento, consagrada en nuestra Constitución Política en los siguientes términos: “ARTÍCULO 87°—Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Sin embargo la doctrina de la Corte Constitucional, desde la sentencia C 157 de 1998²⁹, dejó claro que la acción de cumplimiento no procede frente a postulados constitucionales; puesto que al definir su objeto y finalidad manifestó que este consiste en otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter; dejando por fuera del término ley a la Constitución Política.

d) Si el órgano controlador de la Constitución ordena al legislativo expedir una ley, está atentando contra la autonomía e independencia de éste pues sólo a él compete determinar el momento y la oportunidad de legislar. Esta afirmación debe relacionarse no solo con la clásica separación de poderes, sino, además con la libertad de configuración legislativa. En cuanto al primer estadio, es decir, la separación de poderes y la posible invasión de funciones por parte del juez constitucional en la esfera de decisión del órgano legislativo, puede enunciarse que resulta más consecuente con los fines constitucionales, anteponer a esta posible “usurpación de competencias” la supremacía de la Carta, y atendiendo al principio de colaboración armónica entre los poderes estatales (CP Art. 113), el Tribunal Constitucional debe asumir competencia frente a las omisiones legislativas absolutas, no para desempeñar funciones legislativas, sino para exhortar al órgano competente a que cumpla con dicha función. Ligado a ello, la discusión gira además en torno a la presunta violación a la libertad de configuración legislativa; sin embargo, vale la pena recordar que el legislador también tiene límites impuestos por la Constitución para el ejercicio de sus funciones. No resulta coherente exigirle al poder judicial que limite sus funciones a los términos establecidos en la Carta Política y a la par, pretender otorgarle libertad tan amplia al legislador que no le sea reprochable su inacción, aun cuando la misma se encuentre en perfecta contradicción con los mandatos constitucionales. Una interpretación conforme a la Constitución, indiscutiblemente debe conducir a una optimización constitucional.

De acuerdo con el autor Denninger, se podría concluir que:

*“La comprobación de una lesión constitucional a través de la omisión se ha de tomar en consideración de forma seria en razón de la libertad dispositiva de los legisladores, del carácter político de la formación de la voluntad, y en muchos casos, también de resultas del carácter programático de los mandatos constitucionales”*³⁰

e) La inconstitucionalidad por omisión no está prevista en la Constitución y, por tanto, no existe acción encaminada a impugnar la inactividad del legislador. Esta última tesis, no es del todo sostenible, puesto que, si fuera cierto que no existe acción que permita fiscalizar la

²⁹ Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonel y Hernando Herrera Vergara.

³⁰ Citado por FERNANDEZ SEGADO "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 10, 2008. [En línea] Disponible en http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/91_132.pdf. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

inacción del legislador, ¿porque entonces la Corte Constitucional conoce de omisiones legislativas relativas? ¿No se presenta en este tipo de omisiones una inacción del legislador, al no prever acorde con principios tales como la igualdad y el debido proceso, todos los enunciados normativos que desarrolla dentro de la legislación? Esta competencia que ha venido desarrollando nuestro Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas relativas en procesos de acción pública de inconstitucionalidad es el punto de partida para desarrollar un tema importante dentro de este trabajo, como es la consagración constitucional de la omisión legislativa como una situación jurídica controlable por el correspondiente órgano constitucional; tal como ha ocurrido con las Constituciones de Brasil y Portugal.

Para referenciar el caso brasileño, nos remitimos a la Constitución de 1988, artículo 103, párrafo segundo, que consagra la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

“Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tomar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”³¹

Parafraseando al profesor Víctor Bazán³², se diría que, aunque la legitimación por activa no se extiende a todos los ciudadanos, si amplió su espectro respecto de la consagración constitucional de 1967/1969; el objeto de la acción radica en la defensa de la Constitución y no exclusivamente la protección de un derecho subjetivo. Se trata entonces de una acción directa, en abstracto y *a posteriori*. Corresponde conocer de esta acción al Supremo Tribunal Federal, los efectos de la sentencia producto de la acción de inconstitucionalidad son meramente declarativos y erga omnes.

En cuanto a la figura establecida en la Constitución de Portugal, reformada en 1982, en su artículo 283, establece la facultad del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionalidad por omisión, comunicándola al órgano legislativo pertinente. Consiste en que el tribunal constitucional se limita a verificar o declarar la omisión legislativa, pero sin establecer una regulación sustitutiva o pronunciarse sobre la manera de llenar la inactividad del Congreso.

Recurriendo nuevamente al profesor Bazán³³, se debe mencionar que la legitimación por activa para interponer la acción se encuentra en cabeza del Presidente de la República, el proveedor de justicia y en algunos casos, en los presidentes de las asambleas regionales. La competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad la tiene el Tribunal Constitucional, y al igual que en el caso de Brasil, los efectos de las sentencias originadas en omisiones legislativas son de naturaleza declarativa, limitándose el Alto Tribunal a “dar conocimiento” al órgano legislativo.

En Colombia dicha norma habilitadora para ejercer control por parte de la Corte Constitucional respecto de omisiones legislativas no solo relativas, sino también absolutas,

³¹ BAZAN, Víctor. Op cit. Pág. 68.

³² Op cit. Pág. 69.

³³ Op Cit. Pág. 73.

no existe. Habría que acudir a un proceso de reforma constitucional, consagrado en el título XIII, artículos 374 al 379 del texto superior.

Conclusiones.

Como corolario del presente trabajo, en primer lugar es preciso recordar que las omisiones legislativas inconstitucionales solo son predicables de normas constitucionales de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, una vez detectada la omisión por parte del poder público, debe procederse a analizar si la misma cumple los parámetros para ser conocida por el órgano judicial que tiene a su cargo el ejercicio de control de constitucionalidad. En Colombia, recordemos, dicha función la ejerce la Corte Constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Constitución Política de 1991, se han consagrado diversos mecanismos y acciones que buscan garantizar la efectividad de los derechos; sin embargo, en tratándose de derechos sociales, y ante la imposibilidad de interponer acción de cumplimiento frente a postulados constitucionales, se vislumbra una posible situación inconstitucional cuando el órgano legislativo no desarrolla las normas prestacionales que consagran este tipo de derechos. Debería entonces, la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de garante de la supremacía de la Constitución, asumir competencia para conocer de dicha situación, la pregunta a resolver es ¿mediante qué mecanismo se debe solicitar la exigibilidad de los postulados constitucionales que consagran derechos sociales?

En desarrollo del presente escrito, se enunció una salida para el interrogante planteado, a la cual se puede llegar a través de dos caminos, a saber: un primer atajo para lograr que nuestra Corte Constitucional asuma competencia respecto de omisiones legislativas absolutas, consiste en que dicho Tribunal, consciente de su función principal y en consonancia con la fuerza normativa de la Carta Política, cambie su razonamiento y decida asumir competencia frente a este tipo de omisiones. Ello implicaría de parte del Tribunal, argumentar razonadamente su cambio de criterio. So pena de incurrir en una causal de nulidad. Sin embargo, este camino puede llevar a pensar en la “*dictadura de los jueces*”, término comúnmente utilizado en el derecho constitucional para ilustrar la presunta intromisión del poder judicial en asuntos que no son de su competencia, especialmente en materia legislativa. Lo que conllevaría al rompimiento de la clásica separación de poderes, necesaria en todo Estado de Derecho.

La segunda vía que nos conduce a dar solución a la pregunta ¿mediante qué mecanismo se debe solicitar la exigibilidad de los postulados constitucionales que consagran derechos sociales?, corre por cuenta de la consagración constitucional de la omisión legislativa inconstitucional como objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, y con ello posibilitar su control por parte de la Corte Constitucional. Esta opción, implicaría como se mencionó líneas arriba, reformar la Constitución, trámite regulado a partir del artículo 374 superior, que es del siguiente tenor: “ARTÍCULO 374º—La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”. Este atajo, le permitiría a la Corte Constitucional atribuir mayor legitimidad a sus actuaciones en materia de omisiones legislativas absolutas, puesto que, estaría cumpliendo estrictamente sus funciones de acuerdo con los postulados constitucionales, específicamente de acuerdo con lo estipulado por el artículo 241 superior, que es justamente el que sería reformado, adicionándole como objeto de

acción pública de inconstitucionalidad, las omisiones de los poderes públicos que atenten contra la supremacía y vigencia de la Carta Política.

Como se puede observar, ambos caminos apuntan a que es la acción pública de inconstitucionalidad, el medio para que el Tribunal Constitucional conozca de omisiones legislativas, no solo relativas, como viene haciéndolo, sino también absolutas. Sea cual fuere el camino, no se considera que la Corte asuma competencias que no le corresponden, puesto que el sentido de sus decisiones sería meramente preventivo, se trataría de exhortaciones al legislador para que cumpla los mandatos constitucionales y en ningún momento estaría ejerciendo funciones legislativas.

Resulta entonces más conveniente la consagración constitucional del instrumento que le permita a la Corte Constitucional asumir competencia frente a las omisiones legislativas absolutas, pues así, el Alto Tribunal estaría amparado no solo por la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución vía interpretación, sino por un deber constitucionalmente consagrado, que en este caso, está llamado a ser cumplido por dicho órgano.

Para finalizar, y en consonancia con el planteamiento inicial del trabajo, esto es, la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, añadido a la definición de omisión inconstitucional como toda inacción de parte de autoridad pública que atente contra la vigencia de la Carta Política; cabe preguntarse, si es admisible la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional, además de las omisiones del legislador, aquellas en que pueda incurrir el ejecutivo, en función de los mandatos constitucionales. Ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo transitorio 23, que reza:

“ARTÍCULO TRANSITORIO 23°—Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas. Mientras se expide el decreto previsto en el inciso primero, el funcionamiento de la Corte Constitucional y el trámite y despacho de los asuntos a su cargo, se regirán por las normas pertinentes del Decreto 432 de 1969”.

En efecto, se considera, que en caso de darse tal situación, la misma debería también ser controlable por el órgano competente, pero, no se puede perder de vista que avanzar hacia dicho cometido, conlleva un largo camino. Se pretende que el presente artículo constituya un aporte importante, un primer paso para llegar a la meta, donde efectivamente la Constitución sea norma de normas y se conserve su supremacía en todos los escenarios, tanto jurídicos, como fácticos.

BIBLIOGRAFÍA.

BAZÁN VÍCTOR. Coordinador. Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. 170 páginas.

FERNANDEZ SEGADO FRANCISCO "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No, 10, 2008. [En línea] Disponible en http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/91_132.pdf. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas S. A.

KELSEN HANS. "La garantía Jurisdiccional de la Constitución". En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo. Selección y Presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate Madrid.

SENTENCIA MARBURY VS. MADISON. De la Corte Suprema de Estados Unidos de América. (24 de febrero de 1803). Traducción profesor IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA.

SCHOLZ RUPERT. "Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal" [En línea]. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2002. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pd>. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

BIBLIOGRAFIA LEGAL

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. 1991.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T 406 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C 473 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C 225 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C 543 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C 157 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonel y Hernando Herrera Vargas.

Sentencia SU 819 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C 041 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T 760 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C 522 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.