

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN COLOMBIA*

Sandra María ROJAS MANRIQUE**

RESUMEN

El control de la inconstitucionalidad por omisión constituye una herramienta imprescindible para alcanzar la efectividad de las normas constitucionales cuya realización concreta ha sido encomendada por el constituyente primario al poder legislativo.

Este instituto debe tener aplicación en aquellos Estados que adoptan un sistema de supremacía constitucional, donde la Constitución es la norma primera y fundamental del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Omisión legislativa, responsabilidad del legislador, control político, inconstitucionalidad por omisión en Colombia.

UNCONSTITUTIONALITY FOR OMISSION IN COLOMBIA

ABSTRACT

The control of the unconstitutionality for omission constitutes an indispensable tool to reach the effectiveness of the constitutional norms, whose concrete realization has been commended by the primary constituent to the power legislative.

This institute should have application in those states that adopt a system of constitutional supremacy, where the constitution is the first an fundamental norm of the juridical classification.

Key words: Legislative Omission, Legislator's Responsibility, Political Control, Institutionality by Omission in Colombia.

* Trabajo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional, que es otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

** Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

NOTAS PRELIMINARES

La definición de la Constitución como norma primera y fundamental del ordenamiento jurídico formula nuevas exigencias en la creación, interpretación y aplicación del derecho por parte de los poderes públicos.

La negación de fuerza normativa de la Constitución, propia de los estados legalistas, creó la errada concepción según la cual la Constitución requiere desarrollo legislativo para su funcionamiento, idea que, en términos del tratadista argentino Bidart Campos, significa "algo así como si ella hubiera dispuesto que el parlamento debía proporcionarle las muletas para ponerse en movimiento porque por sí misma la Constitución es inerte".¹

El establecimiento de derechos y garantías constitucionales representaba bajo esta concepción, un ejercicio retórico distante de la realidad, sujeto al juego político del legislador y carente de eficacia jurídica.

Sin duda este pensamiento, no tiene cabida en la teoría constitucional moderna que reconoce la Constitución como norma jurídica de aplicación directa, fuente formal y material de todo el sistema normativo.²

Es cierto que los preceptos constitucionales establecen un modelo de Estado y de sociedad, para cuya realización el constituyente primario fija directrices a los poderes públicos. Por su naturaleza la constitución no puede regular inextenso todas las situaciones posibles en un sistema jurídico, por ello confiere al legislador la competencia para configurar el sistema de acuerdo con el orden de valores que la misma establece.

Es precisamente por lo anterior que el silencio del legislador, ante la existencia de mandatos expresos a él dirigidos, para la reglamentación de los preceptos constitucionales, quebranta la fuerza normativa de la Constitución.

La omisión legislativa constituye el mejor mecanismo para obstaculizar los fines constitucionales, pues mientras no exista el acto que materialice la violación, no podría ser inaplicable o sustraído del ordenamiento, lo que resulta aún más lesivo para la supremacía constitucional que el acto positivo abiertamente inconstitucional.

1 Bidart Campos, Germán. *Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*. Consultado en AA.VV. Inconstitucionalidad por omisión, Santafé de Bogotá, Temis (1997), p. 2.

2 En cuanto al tema véase a García de Enterría Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Tecnos (1981), pp. 42-61.

De ahí que los Tribunales Constitucionales estén abocados, en desarrollo de la función de defensa de la constitución, a instituir formas de control de la inactividad legislativa inconstitucional que permitan asegurar la vigencia integral de la Carta Política.

El control de la inconstitucionalidad por omisión descansa sobre el principio de supremacía normativa de la Constitución, uno de cuyos postulados propugna la sujeción a ésta del legislador y demás órganos del poder público.

Este trabajo pretende describir de manera aproximativa los elementos más relevantes de una teoría de la omisión legislativa inconstitucional y de la admisión de su control por parte de la justicia constitucional, con fundamento en el derecho comparado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Los resultados de la exploración bibliográfica nacional son mínimos. La revisión en este nivel se circunscribe a los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al tema.

En el derecho comparado son de obligatoria consulta los trabajos de los españoles María Ángeles Ahumada, Ignacio Villaverde Menéndez, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado, los portugueses José Gomes Canotilho y Jorge Miranda y los argentinos Germán Bidart Campos y Víctor Bazán.

La labor académica que se propone resulta importante en la medida en que permite sistematizar la doctrina constitucional contemporánea frente al control de las omisiones legislativas inconstitucionales y dar apoyo a futuras investigaciones.

Para nosotros resulta suficiente que este artículo pueda motivar las futuras, necesarias y seguramente más pretensivas reflexiones sobre el tema, teniendo en cuenta que el mismo hasta la fecha no ha despertado interés en la literatura jurídica colombiana.

CAPÍTULO I

EL INSTITUTO DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN INCONSTITUCIONAL

Para la conceptualización del instituto en mención, es necesario diferenciar las nociones de omisión legislativa inconstitucional y omisión inconstitucional, ésta puede tener origen en la inactividad de cualquier entidad estatal, el

ámbito de aquélla es sólo el parlamento. La omisión legislativa se presenta como una forma de omisión inconstitucional, empero no toda omisión legislativa es inconstitucional, ni toda omisión inconstitucional es legislativa.

Existen silencios legislativos que son constitucionales en el sentido en que no crean situaciones jurídicas contrarias a la constitución, bien porque ésta dejó a la voluntad política la regulación o bien porque la norma constitucional es siempre susceptible de aplicación directa y por ende la tarea legislativa está limitada a definir elementos no esenciales del supuesto normativo.

Nos encontramos en la primera hipótesis frente a disposiciones que se positivizan bajo una fórmula potestativa. Tal es el caso del artículo 57 de la Constitución Política de Colombia que establece "La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas".³

En estos eventos la constitución otorga la competencia al legislador y a la vez la facultad de decidir si usa o no la misma. De ahí que el silencio legislativo sea consecuencia de una permisón constitucional y por consiguiente no sea controlable. La omisión es inconstitucional cuando está referida a normas imperativas frente a las cuales, como lo expone el profesor español Ignacio Villaverde Menéndez "la existencia o la inexistencia de la situación ya no está a disposición del legislador, quien no podrá disponer de ella ni con la ley, ni con su quiescencia".⁴

Tampoco se configura la omisión legislativa respecto de aquellas normas que tienen eficacia directa, pues la omisión legislativa no alcanza a contravenir la situación regulada por la constitución, es el caso de los preceptos que consagran derechos fundamentales uno de cuyos atributos es la vigencia inmediata.

Expresamente consagran este atributo la ley fundamental alemana en su artículo 1º,⁵ la Constitución española en el artículo 53.1 y el artículo 85 de la Carta Colombiana, en forma enunciativa.

3 Preceptos similares son los artículos 26, 37, 108, 109 entre otros, de la Carta Política de 1991.

4 Villaverde Menéndez, Ignacio. *La Inconstitucionalidad por Omisión*. Madrid, MG Graw, (1997), p. 37.

5 Cascajo Castro, José Luis et al. *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. 3ª. edición, Tecnos, Madrid (1994), p.175.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado reiteradamente la eficacia directa como un presupuesto en la identificación de los derechos fundamentales:

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. (Sentencia T-406 /1992).

En consecuencia ha de entenderse que la omisión legislativa solo es predicable respecto a derechos de contenido prestacional: económicos, sociales y culturales y el control del silencio del legislador es el camino para la tutela y protección de los mismos.

La aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales, deriva del reconocimiento de su carácter normativo, de ahí que de toda norma constitucional, y no solamente de los derechos fundamentales pueda deducirse un contenido mínimo de eficacia directa, al ser fuente material de decisión para cualquier operador jurídico.

Al igual que se presentan omisiones legislativas constitucionales, también se identifican omisiones inconstitucionales no legislativas, generadas por los órganos administrativos con relación a la materialización de los preceptos constitucionales y que tienen estrecha vinculación con la realización del modelo de Estado social de derecho donde el Estado es agente propulsor de los bienes y servicios y frente a las cuales tal como lo anota el tratadista Bidart Campos⁶ se requiere crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones.

En este sentido encontramos múltiples disposiciones en nuestra carta constitucional, como los artículos 13, 49, 54, 58, 64, 70 y 82, entre otros, que delimitan la actuación de Estado y consagran deberes de protección, garantía, promoción, prestación, organización y dirección.

El control de las omisiones que podríamos llamar administrativas, es aún más complejo en la medida en que exigen la mediación legislativa y reglamentaria, de acuerdo con las circunstancias financieras, políticas y sociales.

6 Bidart Campos, Germán. "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales". En *Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagúes, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán, Santafe de Bogotá, Temis, 1997, p. 7.

El español Villaverde Menéndez, autor de uno de los pocos trabajos doctrinarios sobre el tema,⁷ intenta suprimir la anterior diferenciación unificando en el concepto de las omisiones legislativas las acometidas por poderes públicos afirmando que bajo la denominación legislador pueden comprenderse tanto los sujetos que tienen atribuida la potestad de dictar normas con rango de ley como los que dictan normas con rango reglamentario.

Creemos que no pueden revisarse bajo la misma óptica los silencios del legislador y los silencios de los demás poderes públicos, porque se corre el riesgo de desconocer las especificidades de estos últimos y el distinto escenario que corresponde a cada poder estatal y al cuál debe hacerse traslado en el análisis.

La doctrina constitucional ha construido diversos conceptos para describir este instituto jurídico, para Gomes Canotilho, por ejemplo, la omisión legislativa inconstitucional es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos.⁸ El español Francisco Fernández Segado, por su parte, define la omisión legislativa inconstitucional como la inacción de una obligación constitucionalmente contemplada de legislar una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia plena.⁹

El autor clásico en el tema Constantino Mortati¹⁰ entiende por omisión inconstitucional todo tipo de abstención de disponer lo prescrito en la Constitución, y que representa el incumplimiento de una obligación.

En términos más concretos el español José Julio Fernández Rodríguez conceptualiza la figura 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.¹¹

7 Villaverde Menéndez, Ignacio. *Op. cit.*, p. 94.

8 Gomes Canotilho José Joaquín. *Dereito Consatitucional*. 4ª. edición, Coimbra Livraria Almedina, 1987, p. 829.

9 Fernández Segado, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?" En *Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagües, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán, Santafé de Bogotá, Temis, (1997) p. 25.

10 Mortati, Constantino. *Appunti per uno studio suo rimedi giurisdizional contro comortamenti omissivi del legislatore*. Grufre Milano, 1972, p. 923.

11 Fernández Rodríguez, José Julio. "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión". En *Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagües, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazan, Santafé de Bogotá, Temis, 1997, p. 123.

Para la finalidad propuesta en este trabajo solo nos referimos especialmente a las omisiones legislativas inconstitucionales con las cuales el legislador vulnera un deber constitucional específico y crea situaciones contrarias a la Constitución.

Siguiendo al profesor Villaverde Menéndez puede construirse una definición de omisión inconstitucional como el silencio que genera o conserva situaciones en el ordenamiento jurídico no queridas por la Constitución, bien creando una prohibida, bien impidiendo la existencia de una situación jurídica impuesta por la norma constitucional.¹²

Este autor distingue en la omisión legislativa inconstitucional, infracciones materiales, las que crean o conservan situaciones jurídicas contrarias a la Constitución e infracciones formales, aquellas que se permiten producir efectos que únicamente la ley puede regular, la norma implícita sustituye la norma legal.

Las infracciones formales están referidas a la reserva de ley¹³ que implica que solo la ley podrá regular la situación; si bien todas las reservas de ley imperativas generan una omisión legislativa, solo son inconstitucionales si se constata una infracción material, es decir, la presencia de una situación concreta contraria a la constitución.

Recapitulando el trabajo doctrinario referido, podemos deducir tres elementos en la configuración de la omisión legislativa inconstitucional:

- a) Silencio del poder legislativo: Una inactividad u omisión objetivamente constatable.
- b) Norma constitucional concreta que establece un deber imperativo de legislar: Diferente del deber general y abstracto que corresponde al legislativo en el reparto de competencias constitucionales.
- c) Una situación contraria a la Constitución generada por el silencio: Circunstancias jurídicas y fácticas evidentemente contrarias a la Constitución.

El profesor Villaverde también ha incorporado como presupuesto de configuración de la omisión inconstitucional el transcurso del tiempo también denominado plazo razonable que alude a un juicio de oportunidad propio del ámbito

12 En el derecho colombiano son ejemplo de omisiones legislativas inconstitucionales, entre otros, los artículos 53 y 56 de la Constitución Nacional:

13 La reserva de ley responde a una concepción democrática según la cual ciertas decisiones solo pueden ser adoptadas por el legislativo en su condición de representante de las mayorías.

de competencia legislativa y se estima en cada caso, atendiendo a la relevancia y trascendencia política y social del precepto no desarrollado.

Creemos que este presupuesto ofrece el peligro de convertir la omisión legislativa inconstitucional en un problema de justificación política y un mecanismo para eludir su control, más aún cuando los textos constitucionales contemporáneos excepcionalmente imponen plazos al legislador.

La teoría obligacionista,¹⁴ fundada en el deber de legislar plantea que el legislador está obligado a legislar y sólo puede hablarse de omisión legislativa controlable cuando se consolida el incumplimiento del deber de legislar.

Según esta teoría lo relevante en las omisiones legislativas inconstitucionales es el incumplimiento del legislador de su obligación de legislar, con las premisas de que se haya superado el plazo razonable, y que la ley no haya sido expedida por circunstancias atribuibles al legislador, supone, entonces, que la conducta de este último sea susceptible de reproche.

Esta tesis, a nuestro juicio, desconoce la situación material inconstitucional producida por la omisión inconstitucional que no deja de ser contraria a la constitución por el hecho de que no haya consolidado el incumplimiento al deber de legislar.

1.1. CLASES DE OMISIÓN LEGISLATIVA

Con relación a la tipología de los silencios legislativos la doctrina toma como punto de partida el trabajo del alemán Wessel¹⁵ quien clasifica las omisiones legislativas como absolutas y relativas.

1.1.1. ABSOLUTAS

Las omisiones absolutas son silencios totales del legislador sobre una materia determinada cuya regulación le ha sido impuesta por una norma constitucional en forma imperativa. En ellas falta totalmente la disposición que dé desarrollo legislativo el precepto constitucional.

1.1.2. RELATIVAS

Las omisiones relativas se presentan cuando el legislador regula el asunto de manera incompleta o defectuosa, al excluir un determinado grupo de personas

14 Mortati es el principal representante de la teoría obligacionista.

15 Wessel.

o situaciones que debía también regular y que crean o conservan una situación inconstitucional, con la consiguiente lesión del derecho a la igualdad.

En esta clase de omisión aunque la norma legislativa ha sido expedida, sus falencias no le permiten alcanzar la pretensión de perfeccionamiento del mandato constitucional, por incluir solo algunas de las relaciones que debía regular, situación que la doctrina alemana ha denominado como exclusión arbitraria o discriminación del beneficio.¹⁶ Esta clase de omisión ha sido llamada silencio de la ley, reservando la expresión silencio del legislador para la omisión absoluta.

CAPÍTULO II

EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

La doctrina contemporánea muestra diversas posiciones frente a la posibilidad del control jurídico y por ende jurisdiccional de las omisiones legislativas inconstitucionales.

Una primera tendencia¹⁷ propugna la imposibilidad de control de los silencios legislativos, con fundamento en la autonomía política del legislador y la naturaleza igualmente política de la decisión legislativa que impide su control jurídico. Según esta postura los silencios legislativos se desarrollan en ejercicio de una atribución legítima del poder legislativo. A este argumento suman una imposibilidad ontológica derivada de la inexistencia de un objeto susceptible de control.

La tesis contraria viabiliza el control jurídico de las omisiones a partir del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico que restringe material y formalmente la autonomía de la corporación creadora de derecho.

En los casos de omisión legislativa el constituyente primario limita la autonomía política del legislador imponiéndole un deber constitucional de configuración. De tal forma el legislador se convierte en ejecutor de los mandatos constitucionales. Para sustentar esta última afirmación el profesor portugués Gomes Ganotillo introduce el concepto de constitución dirigente que se define como aquella que representa un orden material de valores y vincula a todos los

16 Fernández Segado, Francisco, *Op. cit.*, p. 18.

17 Entre otros Da Silva, José Afonso y Golcalves Ferreira, Manuel.

poderes públicos en su realización trazando los parámetros de la actuación estatal.

De otra parte la tesis de la autonomía política absoluta del legislador no resiste el análisis frente al efecto de exclusión del control jurídico de las leyes, que no admite discusión en los estados constitucionales modernos.

El control jurídico de los silencios legislativos es pues una consecuencia necesaria de la supremacía normativa de la constitución que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de los actos que le son contrarios. La causa final del control de las omisiones inconstitucionales es la necesidad de recompensar el imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.

En cuanto a la inexistencia del texto legislativo como óbice del control de las omisiones legislativas inconstitucionales la doctrina es coincidente en que en ellas se revisan los efectos normativos producidos por el silencio. Por tanto, el objeto del control jurídico es la norma implícita que emana del silencio del legislador, esto es la forma en que se regula la situación ante la ausencia de norma.

Cuando la constitución ordena a uno de los poderes públicos el ejercicio de una competencia, éstos están obligados a ponerla en movimiento y como lo precisa Bidart Campos y Francisco Fernández Segado, si su abstención implica o involucra un daño o un gravamen para el particular, éste debe estar legitimado para impulsar su control por parte de la jurisdicción constitucional.

Frente a la inoperancia de los principios o normas constitucionales que reclaman para su plena eficacia de una actuación positiva del legislativo, ni puede ser aducida la falta de medios de coerción aptos para doblegar la voluntad del legislativo que omite su obligación ni tampoco cabe aludir, para no censurar la omisión a la discrecionalidad del legislador, por ello es necesario que el afectado por las omisiones inconstitucionales pueda acceder a la jurisdicción para perseguir la conducta omisiva y lesiva por parte del destinatario del mandato constitucional.

De la misma forma que en el control de los actos positivos inconstitucionales frente a la omisión se propone un control abstracto encaminado a la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión y un control específico propuesto mediante la acción de tutela o el llamado recurso de amparo, para la solución de casos concretos.

El control jurídico jurisdiccional abstracto, es posible teóricamente gracias a la teoría de norma implícita, pues es precisamente ese componente normativo que surge de la omisión legislativa el que permite la confrontación con la norma suprema para decidir su validez.

No obstante, si como se anotó antes, uno de los presupuestos para que se estructure la omisión legislativa inconstitucional es la creación o conservación de una situación contraria a la Constitución, el control necesariamente solo tendrá efectos en situaciones concretas.

Idéntica posición adopta el profesor Villaverde Menéndez al destacar que el control de los silencios del legislador solo es posible al hilo de la resolución de un caso concreto y en el momento de la determinación del derecho aplicable, porque solo a través de las consecuencias concretas de ese silencio el juez podrá establecer la existencia de una efectiva y no solo probable o presumible infracción constitucional.

De cualquier forma en el proceso judicial el juez al determinar el derecho aplicable debe examinar la validez de la norma implícita producida por el silencio legislativo, y una vez verificada su inconstitucionalidad procurar la aplicación directa de la constitución para deducir una norma que no le sea contraria o utilizar las técnicas de interpretación e integración del derecho. Si el juez no actúa de esta forma es él quien infringe la Constitución y no el hipotético silencio legislativo a la norma constitucional de que se trate.¹⁸

1. LAS TENSIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR

En aquellos países que adoptan un modelo de justicia constitucional es una constante la existencia de tensiones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, derivadas del control judicial que éste realiza sobre las leyes. La tensión entre el legislador y los Tribunales no es un problema nuevo en el constitucionalismo, es tan antiguo como la creación misma de los Tribunales Constitucionales. No sería acertado por tanto pretender el mantenimiento de relaciones totalmente armónicas entre ambos órganos estatales.

Es un hecho que los tribunales constitucionales deciden en último término las controversias constitucionales planteadas en cada Estado, dejando sin piso la interpretación jurídica y política del legislador, contenida en la ley.

La primera reacción del legislador en los países europeos de tradición constitucional fue intentar alterar el ámbito de competencia del Tribunal, así sucedió recientemente en Colombia con el proyecto acto legislativo presentado por algunos congresistas, mediante el cual se modificaba del artículo 241 de la Carta Política contenido de las funciones de la Corte Constitucional. No obstante, eliminar el control constitucional de las normas sería desestructurar en

18 Villaverde Menéndez, Ignacio, *Op. cit.*, p. 136.

un componente básico del Estado Constitucional, respecto al cual ya ha sido superada la discusión de validez.

Es precisamente por esa relación de tensión que hasta ahora, los Tribunales constitucionales han tratado de mantenerse dentro de la calificación kelseniana de legislador negativo, defendiendo la idea de no-oposición al principio de separación de poderes. Si el Tribunal se limita a anular o expulsar del ordenamiento jurídico las leyes contrarias a la Constitución, no existen problemas para justificar y explicar la justicia constitucional.

Pese a lo anterior, como quedó planteado, en el constitucionalismo actual es innegable que los tribunales constitucionales han ido asumiendo tareas marcadamente positivas o creadoras de normas a través de la modulación de los efectos de sus sentencias, configurándose como un legislador positivo. La mayoría de las decisiones de los Tribunales constituciones no se limitan a excluir la norma del ordenamiento jurídico sino que incorpora una nueva disposición.¹⁹

Estos cambios han sido provocados por la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho, que implica la búsqueda de justicia material y el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales.

2. PRINCIPALES OBJECIONES AL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

2.1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El principio de separación de poderes aparece, a partir de la Revolución Francesa, como una característica consustancial a las formas de Estado, tanto del liberal como del democrático y social de derecho. Las principales constituciones del mundo lo estatuyen como condición ineludible en el ejercicio del poder público.²⁰

En su origen, la separación de poderes se planteó como mecanismo para evitar la concentración del poder, propia de los regímenes absolutistas imperantes en los Estados europeos; temor que se concibió también frente a la total independencia de cada función pública y llevo a establecer interferencias entre los poderes estatales que permitieran un control recíproco, formulación que se mantiene en el constitucionalismo moderno con mayor complejidad y explica un sistema amplio de colaboración entre los poderes públicos.

19 Aun siendo más estrictos en aquellos fallos típicamente negativos es posible advertir efectos normativos.

20 Véase el texto de Cascajo Castro, José Luis y otro. *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1994.

La separación orgánica funcional es simplemente un presupuesto de la balanza de poderes, que supone, además de las facultades positivas de cada uno de los órganos estatales en su esfera de competencia, un poder de control recíproco sobre la esfera de los otros.

El principio de colaboración armónica comparte, pues, la misma justificación histórica que el principio de separación de poderes: la exigencia de contención de prerrogativas estatales.

En el estado Social de Derecho este principio resulta legitimado también en virtud de la unidad en los fines estatales que hace necesario que los órganos públicos realicen los mismos valores para el mantenimiento de un Estado de Derecho garante de las libertades fundamentales de los individuos.

Se desdibuja así la aparente contradicción entre la separación y la colaboración armónica de poderes para el cumplimiento de una función estatal. Este último principio no solo hace parte de la doctrina de la división del poder sino que la complementa y la hace efectiva. Tal afirmación puede ser constatada en la expresión originaria del principio de poderes de John Locke y Montesquieu.

El primero de ellos, en su obra Segundo Tratado sobre el gobierno civil, plantea la separación de poderes como instrumento para la conservación de la libertad y la propiedad, tarea a la cual reduce la función del Estado. Las funciones normativas, ejecutiva y federativa que identifica en el Gobierno deben estar separados ante las posibilidades de abuso por parte de los titulares del poder.²¹

No obstante reconoce las necesarias relaciones entre los poderes públicos aparentemente de subordinación al legislativo pero radicalmente determinados por las facultades del ejecutivo para convocar a la legislatura y determinar la proporción territorial de la representación parlamentaria.

Es aún más significativo para los efectos del argumento expuesto, la obra de Montesquieu, *El espíritu de las Leyes* (1748), en cuya teoría se evidencia con mayor claridad la relación de conexidad entre el principio de separación de poderes y coordinación de poderes, quien al igual que Locke en su crítica al despotismo concibe la separación de los poderes que reconoce en el Estado Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como la forma de mantener la libertad enten-

21 La corrupción y la maldad de los hombres que según este autor llevó al tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad son las que exigen la limitación del poder, pesimismo antropológico que posteriormente fue recogido por Montesquieu como resultado de una experiencia eterna.

dida en términos de la obediencia a la ley y la confianza de que ningún hombre puede legítimamente violar las prohibiciones legales “un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer al otro”.²²

Para Montesquieu cada uno de estos poderes se define por la función que se le asigna “En virtud del primero, el príncipe o jefe de estado, hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga las entre particulares”.²³

El tradicional principio de separación de poderes de Montesquieu no tiene la rigurosidad que se le atribuye, limitándose a tres planteamientos:

1. Cuando el poder Legislativo y el poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque no puede temerse que el monarca o el senado, hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

2. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y el poder ejecutivo. Si no está separado el poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos: como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

3. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos y los pleitos entre particulares.²⁴

En la segunda parte Montesquieu incorpora el control entre los poderes públicos como el elemento estructurante de su doctrina:

Si el poder ejecutivo no tiene el derecho de contener los intentos del legislativo, éste será un poder despótico, porque pudiendo atribuirse toda la facultad que se le antoje anulará todos los demás poderes [...] El poder ejecutivo, como dicho queda toma parte en la labor

22 Montesquieu, Charles de Secondat. *El espíritu de las leyes*. Biblioteca de Grandes Obras Famosas Volumen 3, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, p. 188.

23 Montesquieu, Charles de Secondat, *Op. cit.*, p. 187.

24 Montesquieu, *Op. cit.*, p. 188.

legislativa por su facultad de restricción o veto, sin la cual se vería pronto despojado de sus prerrogativas.²⁵

Finalmente concluye: Estos tres poderes (puesto que hay dos en el legislativo) se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas han de verse forzados a ir de concierto (subrayas propias).

De este modo, como lo afirma Blanco Valdés,²⁶ la separación orgánica-funcional que desarrolla Montesquieu sólo opera en su teoría como una condición previa para el equilibrio de poderes que habrá de conseguirse a través de su recíproco control, mediante la disposición de toda una serie de mecanismos de coordinación, o lo que es lo mismo, de frenos y contrafrenos.

En la misma línea el constitucionalista Eisenmann, en su detenido análisis de la obra de Montesquieu, explica que la especialización funcional trazada por este último

no significa en lo absoluto que una misma autoridad, individuo o cuerpo, no deba participar más que en una sola función, tener atribuciones más que de una sola clase, no debe ser miembro de dos órganos de dos de las funciones y consecuentemente, que los órganos de dos de las funciones o de las tres no deban tener ningún elemento común, sino simplemente y mucho más modestamente, que no es adecuado que dos cualesquiera de las tres funciones estén íntegramente reunidas en las mismas manos; fórmula de acumulación mucho más limitada, como puede verse que la primera.²⁷

Este esquema de duplicidad, separación y coordinación de poderes fue adoptado por la Constitución Norteamericana de 1787, atribuyendo a diferentes órganos del Estado las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y estableciendo igualmente un sistema de frenos y contrapesos entre los mismos (*Checks and balances*).

Los constituyentes estadounidenses asumieron la necesidad de la coordinación de poderes y el control recíproco como la verdadera pretensión de Montesquieu. Así lo entendía Madison en el documento de *El Federalista* No. 47 al indicar:

25 *Ibidem*. pp. 191-193.

26 Blanco Valdés, Roberto L. *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 82.

27 Eisenmann Charles. *El espíritu de las leyes y la separación de poderes*, París, 1933, citado por Blanco Valdés, *Op. cit.*, p. 80.

*De estas consideraciones, de las que se ha guiado Montesquieu, podríamos deducir claramente ...que él no pretendía decir que los diversos órganos no deberían tener una participación parcial o un cierto control sobre los actos de los otros. Lo que pretendía decir, como se deduce de sus propias palabras y como resulta todavía más claro a partir de los ejemplos que él tenía presentes, no era otra cosa que cuando los poderes de un órgano son ejercidos por las mismas manos que poseen todos los poderes de un órgano, quedan subvertidos los principios fundamentales de una constitución libre.*²⁸

Igual criterio siguen las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795 estableciendo una distribución orgánica general y un complejo equilibrio entre los órganos principales del Estado: El rey y el Parlamento.²⁹

La vinculación de ambos principios (separación de poderes y colaboración armónica) está en concordancia con revisión crítica que el dogma político de la separación de poderes realiza más recientemente Karl Loewenstein (1965)³⁰ bajo el epígrafe de "una antigua teoría" la cual para él, no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político.

"Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado".

Construye su teoría a partir de la identificación de tres funciones estatales: la decisión fundamental, la ejecución de la decisión fundamental y el control político. Para concluir que:

el mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida.

28 Madison, Hamilton y Jay. *El Federalista*. Prologo y Versión Gustavo Velasco, 2ª. edición, México, 1957, p. 302.

29 Blanco Valdés, Roberto. *Op.cit.*, p. 212.

30 Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego, ed. Ariel, Barcelona, 1979, p. 55.

Estructura, este autor, el Estado a partir de una serie de controles interorgánicos que eran entre diversos centros de poder que cooperan en la gestión estatal (el electorado, el parlamento, el gobierno y los Tribunales).³¹

Finalmente cabe anotar, que en armonía con la teoría constitucional moderna la Constitución Política de Colombia (1991) consagra en el artículo 113 ambos principios: "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

La Corte Constitucional definiendo el alcance del postulado contenido en el inciso segundo del artículo 113 señala: "ninguna función pública encuentra en sí misma su fundamento. Todas ellas se justifican en razón de los fines que persigue la organización estatal, entre los cuales cabe destacar los esenciales indicados en el artículo 2 de la Constitución".

*[...] los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente PARA LA REALIZACIÓN DE SUS FINES, CON LO CUAL ELIMINA TODO CRITERIO absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeables. Se trata, más bien, de lograr un equilibrio que impida la concentración y el abuso del poder pero que a la vez permita, en virtud de una razonable flexibilidad, conjugar los esfuerzos de quienes lo ejercen con miras al logro de las metas comunes (sentencia C212 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández).*³²

2.2. LA AFECTACIÓN PRESUPUESTAL

Esta objeción se construye bajo el paradigma de que el presupuesto público que sólo puede ser afectado a través de la decisión legislativa, pues éste quien representa la voluntad popular.

Es cierto que la admisión del control de las omisiones legislativas, tiene implicaciones de carácter económico, las mismas solo son predicables frente a derechos prestacionales: sociales, económicos y culturales, que requieren de la actuación legislativa para su aplicación.

31 Loewenstein, Karl. *Op. cit.*, p. 232.

32 Otras sentencias en la materia son C-497 y C-592 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, C310 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, C-283 de 1995, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, C-229 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

La inconstitucionalidad se configura cuando se afecta el núcleo esencial de tales derechos, del cual puede pretenderse una aplicación directa. Cada vez se avanza más hacia el concepto de que los derechos prestacionales son exigencias de la propia dignidad humana. Nadie discute que los derechos a la salud, a la vivienda, a la seguridad social, entre otros están estrechamente vinculados con la vida digna del ser humano.

No obstante quien obliga a la afectación presupuestal no son los Tribunales Constitucionales sino la misma Constitución a la cual están sometidos todos los poderes públicos. Los Estados deben prever en los presupuestos públicos los recursos necesarios para cubrir la inversión social y el gasto público.

Consecuentemente el control de la omisión legislativa no dimana del Tribunal Constitucional sino de la Constitución que simboliza el querer del constituyente primario en quien reside la soberanía.

3. PRESUPUESTOS PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La hipótesis cuya demostración se pretende en esta monografía es que en el sistema constitucional colombiano es procedente el control de las omisiones inconstitucionales, como exigencia del texto constitucional y de la práctica legislativa ausente al compromiso con la eficacia normativa de la Constitución.

Para que ello sea posible son necesarios ciertos presupuestos para un control de la inconstitucionalidad por omisión.

3.1. Una reforma constitucional que incorpore dentro de las funciones de la corte constitucional el control de los silencios legislativos inconstitucionales, tal como lo han hecho los ordenamientos de Portugal, Argentina, Yugoslavia y Brasil.

Ello permitiría demandar ante la Justicia Constitucional toda clase de omisiones bien del órgano legislativo como de los entes administrativos.

El contenido de la disposición permitiría al Tribunal fijar un plazo razonable al legislador para dar vigencia al deber constitucional, vencido el cual se reglamentaría la materia de acuerdo con los parámetros deducibles de la interpretación sistemática de la Constitución.

3.2. La asunción de un papel protagónico por el Tribunal Constitucional mediante acciones públicas de inconstitucionalidad. Debe ser un control exclusivo de la Corte Constitucional con fundamento en el inciso primero del artículo 241 y el numeral primero del mismo artículo.

El mismo procedimiento establecido en el decreto 2067 de 1991 y en los acuerdos 01 y 02 de 1992 expedidos por la misma Corte Constitucional.

Se controla la norma que deriva del silencio del legislador y que genera consecuencias inconstitucionales.

El contenido del fallo deberá ser el exhorto constitucional y la fijación de un plazo para expedir la normatividad, vencido el cual rige la disposición que más se acerque a la voluntad constituyente.

La forma en que el Tribunal ha afrontado el tema de las omisiones legislativas durante los ocho primeros años de vigencia del texto constitucional, aún en etapa de exploración y elaboración, ha sido relevante, pese a la ausencia de uniformidad en el análisis de casos similares que impide una presentación sistemática del tema.

Es innegable que algunos de los fallos más controvertidos de la Corte, han tenido origen en omisiones legislativas inconstitucionales en los cuales la defensa de la fuerza normativa de la Constitución ha prevalecido sobre la autonomía legislativa.

Es cierto, además, que no es posible establecer cuál debe ser la respuesta de la Corte Constitucional al problema de las omisiones legislativas, por ello para la pretensión de este trabajo es suficiente el reconocimiento de la importancia del tema y la necesidad de construir una doctrina en la materia.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El tratamiento que asignan los ordenamientos jurídicos modernos a las omisiones inconstitucionales es diverso, no obstante para efectos metodológicos es posible clasificarlos en dos grupos, el primero compendia los sistemas jurídicos que han incorporado esta figura en los textos constitucionales, es el caso de las Constituciones de Yugoslavia, Portugal, Brasil y la provincia de Río Negro,

Argentina. El segundo grupo corresponde a los ordenamientos en los cuales el estudio del tema ha sido tarea de los tribunales constitucionales por vía de interpretación e integración, en el cual están inscritos la mayoría de los países que adoptan un modelo de justicia constitucional, incluido Colombia. Frente a este segundo grupo, en este trabajo sólo se hará referencia a los principales ordenamientos europeos.

1. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE YUGOSLAVIA

La Constitución de la República Socialista Federal de Yugoslavia proferida el 21 de febrero de 1974, representa el primer antecedente histórico normativo en el control de las omisiones inconstitucionales.

El artículo 377 de la Constitución Yugoslava prescribe:

Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY.

Con fundamento en la norma transcrita se admite un control abstracto de la omisión inconstitucional por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales o los Tribunales de las Repúblicas Federales, que consiste en constatar, aun en forma oficiosa, la inconstitucionalidad por omisión, con el fin de informar de ello a la Asamblea de la República para que adopte las medidas necesarias; en algunos casos pueden los Tribunales incluso, presentar propuestas de elaboración o modificación de las leyes para garantizar la constitucionalidad de éstas.³³

1.2. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL

La Constitución portuguesa promulgada el 2 de abril de 1976, bajo la influencia de la Carta Yugoslava consagró la competencia del Tribunal Constitucional para el control de las omisiones legislativas.

El artículo 279 del texto original preveía "cuando la constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable".

33 Fernández Segado, Francisco. "La inconstitucionalidad por omisión ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?" *En Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagües, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán, Santafé de Bogotá, Temis (1997), p. 25.

La ley constitucional 01 del 30 de septiembre de 1982 artículo 283 modificó la norma en estos términos:

1. A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente.

La disposición constitucional alude a la omisión como la ausencia de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, por tanto, las omisiones inconstitucionales susceptibles de control en este sistema son únicamente las legislativas. El control se contrae a poner en conocimiento del órgano legislativo la declaratoria de inconstitucionalidad

María Ángeles Ahumada Ruiz³⁴ afirma al efecto que Portugal, a diferencia de los demás países europeos occidentales dotados de justicia constitucional, admite el control de las omisiones legislativas por el hecho de que la Constitución portuguesa posee un gran número de preceptos que reclaman desarrollo legislativo y allí el control no esta circunscrito al texto expreso sino al contenido normativo.

En el sistema constitucional portugués este instituto tiene solo un carácter preventivo,³⁵ pues el Tribunal no puede sustituir al legislador adoptando las medidas que reputa necesarias para corregir la omisión, tampoco es claro el efecto vinculante del requerimiento formulado por el Tribunal Constitucional, dado que las sentencias son meramente declarativas y en consecuencia no alteran el orden jurídico.

De acuerdo con el pluricitado artículo 283 de la Constitución portuguesa son presupuestos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión:

a) Que el no-cumplimiento de la Constitución derive de la violación de una norma determinada.

34 Ahumada Ruiz, María Ángeles. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". *En Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8, Madrid (enero-abril), (1991), p. 192.

35 Miranda, Jorge "A fiscalicao da inconstitucionalidade por omissao no ordenamento constitucional português". *En Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagües, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán, Santafé de Bogotá, Temis (1997), p. 162.

- b) Que se trate de una norma constitucional no exequible³⁶ por sí misma.
 c) Que falten las medidas legislativas para tornar exequible la norma.

Pese a lo novedoso de la figura en la práctica el instituto ha sido poco utilizado por razones políticas que limitan la sensibilidad de los órganos legitimados para promoverla.³⁷

1.3. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DEL BRASIL

El instituto de la inconstitucionalidad por omisión fue acogido por la Constitución Federal Brasileña de 1988 en el inciso 2 del artículo 103 que prescribe: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días".

La preceptiva constitucional se refiere a las medidas necesarias para hacer efectiva la norma constitucional ampliando el control a la inactividad administrativa. La legitimidad para obtener la declaración corresponde a los mismos sujetos que pueden recurrir por vía de acción.³⁸

La sentencia, al igual que en el derecho portugués, es simplemente declarativa frente a la omisión legislativa, e imperativa con relación a la abstención de los órganos administrativos, a los cuales se les fija el plazo perentorio de treinta días para subsanar la omisión.

En armonía con la constitución federal brasileña consagran esta vía las constituciones de los estados de Rio Grande Do Sul y Santa Catalina de Brasil, ambas expedidas en 1989, ampliando la legitimidad procesal a las asociaciones que protegen intereses colectivos.

Es importante anotar, que el ordenamiento constitucional de Brasil consagra a su vez el instituto del "mandato de injuncao" como acción procesal independiente, con importantes efectos frente a las omisiones inconstitucionales.

36 En este contexto inexecutable se entiende como inexecutable.

37 El profesor Miranda Jorge relaciona solo nueve casos de inconstitucionalidad por omisión entre 1976 y 1990.

38 El Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la mesa de la Cámara de Diputados, la mesa de la Asamblea Legislativa de cada Estado miembro de la Unión, el gobernador de cada Estado, el Procurador General de la República, el consejo Federal de la orden de los abogados de Brasil, cualquier partido político con representación en el Congreso Nacional y cualquier confederación sindical o entidad de clase en el ámbito nacional.

Esta acción faculta a la persona que se considere afectada en sus derechos por la ausencia de reglamentación normativa del precepto constitucional, para demandar ante el órgano omitente la viabilización de su derecho. Tal figura confiere inmediata aplicabilidad a la norma constitucional que consagra los derechos y prerrogativas lesionadas con la omisión.

La diferencia más importante entre la inconstitucionalidad por omisión y el mandato injuncao radica en que la primera es un control abstracto que pretende la salvaguarda de la Constitución y el segundo es un control para un caso concreto, en defensa de derechos individuales. No obstante ambas figuras están orientadas al control de las omisiones inconstitucionales.

1.4. LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO, ARGENTINA

Los constituyentes de la provincia Argentina de Río Negro en 1988 institucionalizaron la inconstitucionalidad por omisión, apartándose de la carta constitucional federal que no previó tal figura:

El inciso segundo del artículo 207 de la Constitución en cita atribuye al Tribunal de justicia la facultad de conocer de:

*las acciones por el incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida exenta de cargos fiscales por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso en efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*³⁹

Esta regulación representa un avance respecto a las demás constituciones del primer grupo, en cuanto a los siguientes aspectos a) la precisión del requerimiento tanto para el legislador como para los demás órganos estatales, a través del señalamiento de un plazo para subsanar la omisión; b) la previsión de consecuencias relevantes frente al incumplimiento del requerimiento, como lo son la integración del orden normativo faltante por parte del Tribunal y la reparación patrimonial frente a los perjuicios generados por la omisión.

39 Sagües, Néstor Pedro. "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro". En *Inconstitucionalidad por Omisión*. Sagües, Bidart Campos, Fernández Segado, Miranda, Fernández Rodríguez, Bazán. Santafé de Bogotá, Temis (1997) p. 109.

Esta regulación resulta ser la más perfecta de las antes descritas, al superar las críticas que se formularon frente a la forma en que se positiviza el control de las omisiones inconstitucionales en los demás ordenamientos.

2. ORIENTACIÓN EUROPEA

En la mayoría de los países de lineamiento constitucional en el mundo el estudio de las omisiones legislativas inconstitucionales ha sido atribuido a la jurisprudencia y la doctrina.

2.1. ITALIA

Las omisiones o la inactividad del legislador han empujado frecuentemente a la Corte Constitucional italiana a una labor de *suplicia* del parlamento, a través de la elaboración de una serie de instrumentos y tipos de pronunciamientos *manipulativos*.⁴⁰

La Corte Constitucional califica la omisión legislativa como una norma deducible del modelo normativo general, susceptible de control. Se encuentran en la jurisprudencia italiana tres clases de sentencias ideadas para restar efectos a la omisión legislativa inconstitucional:

1. Avisos o amonestaciones. La Corte entiende que no puede llegar a una decisión de inconstitucionalidad, aunque observa la disconformidad de la situación con los principios constitucionales e invita al legislador para que intervenga modificando o integrando la norma inconstitucional con la advertencia de intervenir nuevamente en caso de la inactividad legislativa declarando inconstitucional la norma que por el momento ha sido salvada.

2. Decisiones aditivas o sustitutivas. Con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición y la reconstruye dotando la misma disposición de un contenido diferente acorde a los principios constitucionales.

La decisión aditiva o sustitutiva que se añade debe venir impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional, evitándose de este modo superposiciones peligrosas con las opciones reservadas al legislador.

40 Aja, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel. Barcelona. 1998. pp. 98-128.

En palabras de Eliseo Aja⁴¹ “La Corte Constitucional no crea libremente, al igual que el legislador, sino que extrae una norma ya presente en el ordenamiento, por lo que su intervención no es en absoluto libre sino obligada”.

3. Sentencias aditivas por principios. En esta clase de pronunciamientos la Corte Constitucional, no introduce una regla inmediatamente operante para suplir la inactividad legislativa, sino que fija un principio general que debe ser actuado a través de una intervención del legislador, pero al que el juez puede ya, con ciertos límites, dar aplicación para la solución de casos concretos.

Con esta categoría de fallos la Corte Constitucional intenta mantener la libertad configuradora del legislativo.

2.2. ESPAÑA

También el Tribunal Constitucional español, afirmando el carácter normativo de la Constitución, ha intentado⁴² dar respuesta al problema de la omisión legislativa, utilizando en sus fallos técnicas diversas de interpretación e integración, de las cuales María Ángeles Ahumada hace la siguiente clasificación.⁴³

1. Sentencias apelativas. En ellas hay un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad seguido de una recomendación al legislador.⁴⁴ Estos fallos son un instrumento de comunicación directa entre el Tribunal Constitucional y el parlamento y se fundamentan en la apreciación de una necesidad de actuación del legislador para resolver una situación inconstitucional.

2. Sentencias aditivas o constructivas. Ponen en orden una situación inconstitucional, provocada por la inactividad del legislador dándole autoaplicación a la constitución.⁴⁵

3. Sentencias de inconstitucionalidad parcial. Son propias del control de las omisiones relativas en las cuales el Tribunal realiza una interpretación extensi-

41 Aja, Eliseo. *Op. cit.*, p. 115.

42 Villaverde Menéndez, Ignacio. *Op. cit.*, p. 81.

43 Ahumada Ruiz, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 184.

44 Ejemplo de esta clase de fallos es constituye la sentencia 53 de 1985.

45 Esta modalidad corresponde a la sentencia 15 de 1982 en relación con el derecho a la objeción de conciencia servicio militar, la sentencia 67 de 1982 sobre la vía procesal procedente antes del recurso de amparo en la jurisdicción laboral, sentencias 103 y 104 de 1983 que extiende a los varones el derecho a la pensión de viudedad.

va incluyendo los supuestos omitidos en la norma,⁴⁶ o eliminando la situación discriminatoria⁴⁷ a efectos de restablecer el derecho de igualdad.

4. Sentencias de simple inconstitucionalidad, en ellas se declara la inconstitucionalidad pero no la nulidad ante la ausencia de norma.⁴⁸

En fallos más recientes⁴⁹ referidos al derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación, el Tribunal constitucional español considero excesivo e injustificable el plazo tomado por el legislador para regular la televisión por cable y dio aplicación directa al artículo 20 de la Constitución española no sometiendo a regulación tal actividad.

2.3. AUSTRIA

En el sistema constitucional austriaco sólo pueden impugnarse normas existentes; los silencios legislativos no son susceptibles de control de constitucionalidad, tampoco son comunes las recomendaciones al legislador. Se ha admitido, no obstante, la corrección de la inactividad parcial del legislador, con base en el principio de igualdad.⁵⁰

2.4. ALEMANIA

En este país, la omisión del legislador de regular normativamente un ámbito de la vida social, no puede ser por lo general, objeto de control de constitucionalidad, ya que en este procedimiento se trata de controlar la compatibilidad de una norma aprobada por el legislador con la norma constitucional y no de reivindicar una norma jurídica omitida.⁵¹

Sólo se admite el control de la omisión normativa parcial, en los casos en que ha sido delimitada en forma discriminatoria, vulnerando el derecho constitucional a la igualdad.

46 Este mecanismo ha sido utilizado para solucionar las hipótesis de omisión inconstitucional relativa v. gr. sentencia 116 de 1987 cuestión de inconstitucionalidad sobre los derechos del personal de las fuerzas militares españolas.

47 Fernández Rodríguez, José Julio. *Op. cit.*, p. 136.

48 V. gr. sentencia 45 del 20 de febrero de 1985.

49 Sentencias 31, 47, 98, 240 y 307 de 1994 todas ellas anulan decisiones administrativas que limitaban o prohibían la televisión por cable.

50 Aja, Eliseo. *Op. cit.*, p. 17.

51 Aja, Eliseo. *Op. cit.*, pp. 66-80.

En algunos eventos el Tribunal profiere sentencias apelativas —mandatos al legislador— cuando la norma que revisa resulta constitucional en el momento del fallo, pero puede devenir inconstitucional en el futuro. Se pretende que el legislador adopte a tiempo medidas legislativas para prevenir la inconstitucionalidad.

2.5. FRANCIA

El Consejo Constitucional Francés tampoco puede enjuiciar la ausencia de actividad legislativa. Sin embargo, sí puede sancionar las hipótesis en que el legislador ha intervenido sin entrar en detalles, dejando al poder reglamentario un campo exagerado, obligándolo a una nueva regulación.⁵²

CAPÍTULO IV

EL TRATAMIENTO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

1. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE AL TEMA DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES

En los primeros cinco (5) años de decisión de la Corte Constitucional no se encuentran pronunciamientos en torno al tema de las omisiones legislativas inconstitucionales, abordadas solo de forma indirecta en algunos de sus fallos.⁵³

Fue en la sentencia C-543 de 1996 con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz y aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández, donde la Corte fija una posición respecto a su competencia para el control abstracto de las omisiones legislativas inconstitucionales, cuyas premisas se han mantenido constantes en la doctrina posterior.

En la demanda que dio origen al pronunciamiento de la corporación se planteo la inconstitucionalidad legislativa por omisión derivada de la no-expedición de las leyes que reglamentan las acciones de cumplimiento y las acciones populares, consagradas en los artículos 87 y 88 de la carta constitucional. El actor solicitó a la Corte señalar un plazo razonable al Congreso para dar cumplimiento a tales preceptos constitucionales y de no cumplirse el mismo, dispo-

52 Aja, Eliseo. *Op. cit.*, p. 154.

53 Véase sentencias C-108, C-024 de 1994, C-070 de 1996 y 109 de 1995, entre otras.

ner que el ejecutivo solicite facultades legislativas extraordinarias al Congreso, para que dentro del plazo establecido por el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, regule la materia.

Siguiendo la doctrina foránea⁵⁴ el Tribunal Constitucional Colombiano definió la omisión legislativa como toda clase de abstención del legislador de disponer lo prescrito en la constitución o la falta de actividad de éste en el cumplimiento de una obligación que le impone expresamente el constituyente.

Adoptó también la clasificación doctrinaria de las omisiones inconstitucionales: *absolutas*, que se presentan cuando no se produce ningún precepto legislativo encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución, *relativas*, las que se producen en los siguientes supuestos:

— Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución el legislador favorece a ciertos grupos perjudicando a otros.

— Cuando en desarrollo del mismo deber el Congreso en forma expresa o tácita excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que le otorga al resto.

Cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

1.1. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES ABSOLUTAS

En el referido fallo el Tribunal Constitucional determinó que las omisiones absolutas no hacen parte del ámbito de competencia de la justicia constitucional, reconociendo que el legislador tiene libertad de configuración frente a los preceptos constitucionales.

La Corte presenta inicialmente los argumentos que se exponen en la doctrina para oponerse al control de las omisiones legislativas absolutas por parte de los Tribunales Constitucionales:

— La inconstitucionalidad por omisión no está prevista en la Constitución y, por tanto, no existe acción encaminada a impugnar la inactividad del legislador.

— La Constitución no impone plazos para que el legislador pueda cumplir con su obligación de legislar. En consecuencia, mal podría sostenerse el incum-

plimiento 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.

— 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.

— 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.

— 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.

En cuanto a su propia competencia La Corte sostuvo:

Cuando el Constituyente decidió asignar a esta Corporación la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, lo hizo en los siguientes términos: "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", indicando a continuación y en forma taxativa cada una de las funciones que debía desarrollar (241 C. P.). Quiere ello significar, como tantas veces lo ha reiterado esta misma Corte, que su labor se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente.

Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte.

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, hay que

54 Autores como María Ángeles Ahumada Ruiz, Francisco Fernández Segado, Ignacio Villaverde Menéndez, Víctor Bazán, entre otros.

excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto que comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Tal análisis condujo al tribunal constitucional a declararse inhibido para pronunciarse de fondo frente al caso objeto de la demanda.

Resulta importante en el estudio de la sentencia C-543 de 1996 hacer referencia a la aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero quienes, acertadamente, a nuestro juicio, se apartan de las consideraciones de la Corte afirmando que la misma tiene actualmente la facultad de pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas, la cual se desprende de la fuerza normativa de la Constitución como norma de normas, la definición de Colombia como Estado Social de Derecho y la competencia de la Corporación para conocer de la constitucionalidad de las normas legales, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Carta. (C. P. art. 241, ord. 4.).

El planteamiento central de los magistrados disidentes frente a las objeciones de la Corte, se apoya en dos argumentos.

1. La teoría Constitucional y la misma Corte en algunos de sus fallos⁵⁵ han distinguido los enunciados normativos o textos legales de las proposiciones jurídicas que de ellos se desprenden por la vía de la interpretación del texto.

De tal forma que un enunciado legal puede contener diversas normas, y una misma norma puede estar contenida en diversos textos o enunciados. De la misma manera la mayoría de los principios o reglas generales del ordenamiento no se encuentran positivizados en ninguna disposición.

Para los citados magistrados no es válida la tesis mayoritaria de la Corte según la cual el control en las acciones de inconstitucionalidad recae sobre el texto y no sobre los contenidos normativos.

2. La omisión legislativa no implica un vacío de regulación sino una regulación diversa, pues en los ordenamientos jurídicos no existen vacíos normativos, ya que los principios y la actividad judicial se encargan de llenarlos en virtud de la plenitud hermética del derecho.⁵⁶

55 Se refieren los magistrados a las sentencias C-427/96, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-083/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

56 La plenitud hermética del derecho plantea que en los órdenes jurídicos no existen lagunas mientras existan jueces. Véase sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Cuando el legislador no expide una normatividad sobre un tema, ello no significa que la materia deje de estar regulada sino que la regulación es diferente a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente legislación.

Las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos pues la ausencia de texto legal produce normas, en razón de ello para los citados magistrados admiten que puede haber en el constitucionalismo colombiano un cierto control sobre las omisiones legislativas absolutas el cual recae sobre la norma derivada de la omisión legislativa contraria a la Carta.

Igualmente señalan que para que proceda tal control es necesario que la Carta imponga al Legislador el deber de expedir una determinada regulación, distinguiendo aquellos ámbitos en donde el Congreso tiene la facultad de desarrollar o no un determinado tema, de aquellas otras hipótesis en donde la Constitución impone al Legislador la obligatoria reglamentación de una institución o un derecho; de otro lado, la omisión debe ser manifiesta, lo cual supone tomar en cuenta diversos criterios como:

si la Carta 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, etc.

2. EXHORTOS CONSTITUCIONALES

Las omisiones legislativas absolutas han dado lugar en la doctrina española y alemana a la implementación de fórmulas exhortativas al órgano legislativo para que dé cumplimiento al deber de legislar con relación a normas constitucionales expresas.

El Tribunal Constitucional colombiano hizo uso de tal recurso en sentencias C-024 de 1994 y C-473 de 1994 exhortando al legislador a expedir la ley que dé desarrollo al artículo 28 transitorio de la Constitución y 56 de la Carta Constitucional.

En la sentencia C-024 de 1994 la Corte analizó la necesidad de que el legislador, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 28 transitorio de la Constitución colombiana, expida en un plazo razonable la ley que atribuya

la competencia a las autoridades judiciales para el conocimiento de las contravenciones especiales sancionables con penas de arresto, cuyo conocimiento correspondía a las autoridades de policía.

En la sentencia C-473 de 1994 la corte hace evidente la omisión del legislador e incorpora en la Parte resolutive del fallo un exhorto al congreso para que expida la ley que defina los servicios públicos esenciales respecto a los cuales se restringe el derecho constitucional de huelga consagrado en el artículo 56 de la Constitución política.

Esta técnica procesal sin efecto vinculante para el legislador fue reiterada en sentencia de revisión T-348 de 1997 en la cual la Corte exhorta al legislador para que defina el régimen mínimo de beneficios del sistema de seguridad social en salud de las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES A LA SENTENCIA C-543 DE 1996

En sentencias C-146 de 1998 y C-745 del mismo año la Corte nuevamente analiza el tema de las omisiones legislativas absolutas y se declara inhibida reiterando la tesis expuesta en la sentencia C-543 de 1994.

En el primero de los fallos se revisa la omisión del legislador en la actualización del poder adquisitivo de las pensiones de jubilación de los trabajadores que se pensionaron con posterioridad a la ley 4ª. de 1966 y antes de la ley 100 de 1993. En el segundo se somete a estudio la omisión del legislador en la reglamentación del artículo 57 de la Carta Constitucional relativo a la participación de los trabajadores en la propiedad de las empresas.

4. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONALES RELATIVAS

En la sentencia C-543 de 1994 la Corte admite plenamente su competencia para conocer de las omisiones legislativas relativas para proteger el derecho a la igualdad o el derecho de defensa.

En el fallo de constitucionalidad C-407 de 1998 la Corte precisa que la omisión legislativa relativa no está restringida a los derechos de igualdad y debido proceso, dado que la mención a estos derechos se realiza a manera de ejemplo y la presentación de la omisión legislativa relativa permite una interpretación amplia no limitada a casos relacionados con dichos derechos.

Otros fallos que reiteran la posición de la Corte son C-690 de 1996 C-146 de 1998 y C-067 de 1999.

4.1. PRONUNCIAMIENTOS EN MATERIA DE OMISIONES LEGISLATIVAS RELATIVAS. TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS

En la teoría constitucional actual, parece indiscutible la afirmación de que la interpretación constitucional presenta características y finalidades específicas, que no permiten abordarla bajo los parámetros de la metodología tradicional de la interpretación legal. La doctrina contemporánea propugna por la particularización de reglas, principios y métodos propios para la interpretación de la Constitución.⁵⁷

La norma constitucional asume contenidos éticos, axiológicos, políticos y sociales, que superan los problemas puramente normativos propios del legalismo, los cuales derivan de su papel en el sistema jurídico como fuente suprema y de su vinculación con la organización institucional. La norma fundamental presenta, además, una estructura abierta, general y sintética que dimensiona y amplía la labor del intérprete en la completación y actualización de sus disposiciones.

En los sistemas de justicia constitucional concentrada la importancia de la interpretación constitucional radica en la competencia del órgano límite para adoptar decisiones jurídicas definitivas, mediante las cuales se controla y corrigen las actuaciones de los restantes poderes públicos.

El Estado Constitucional plantea problemas, para cuya solución resultan insuficientes los métodos interpretativos clásicos, y se tornan limitadas las respuestas acostumbradas sobre el derecho, el papel del juez y del legislador.

El legislador deja de ser el soberano para ser sustituido por el juez constitucional, a quien se le asigna la salvaguarda de la Constitución y por ende la defensa del programa político inserto en el orden constitucional.

La Constitución de 1991, propicia un rompimiento con las categorías interpretativas clásicas, antes incuestionables, y se inscribe dentro de una nueva hermenéutica encaminada hacia decisiones legales y racionales que se orienten por los principios y valores contenidos en la Carta Política.

La Corte Constitucional siguiendo la doctrina de los principales Tribunales europeos, ha entronizado en la teoría constitucional colombiana diversas modalidades de decisión: sentencias interpretativas o de rechazo, integradoras o aditivas, y más recientemente de constitucionalidad temporal, que determinan distintas maneras de remediar las omisiones del legislador contrarias al orden constitucional.

57 Véase autores como Arturo Hoyos, Rodolfo Luis Vigo, Zagrebelsky y Wroblewski.

4.1.1. Sentencias de exequibilidad condicionada. Las sentencias de exequibilidad condicionada, reiteradas en la jurisprudencia de la Corte colombiana definen el sentido constitucional de la norma legal para subsanar los vacíos del legislador o las regulaciones incompletas que originan omisiones legislativas relativas contrarias a la Constitución.

La constitucionalidad condicionada puede tener origen en sentencias interpretativas o de rechazo o en las denominadas sentencias integradoras o aditivas.

4.1.2. Sentencias interpretativas. La labor hermenéutica de la Corte Constitucional en guarda de la integridad de la Carta constitucional no solo se limita a la simple confrontación de la norma legal y la Constitución, sino que le exige dilucidar los distintos sentidos de los supuestos impugnados, las interpretaciones que resulten inadmisibles y los efectos jurídicos equívocos que contraríen la Constitución.

De tal forma la constitucionalidad de la norma está unida a la interpretación que le otorga la Corte, excluyendo aquellos otros sentidos contrarios a la Carta Constitucional.

Para la Corte el proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales y tal interpretación es obligatoria en la medida en que la Constitución tiene vigor normativo.

En sentencia C-496 de 1994 la Corte absuelve el interrogante con relación a su competencia para determinar con fuerza de cosa juzgada constitucional el sentido de una norma legal.

En este pronunciamiento la corte revisa el artículo 437 del decreto 2700 de 1991, código de procedimiento penal, que establece que el juez ordenará inmediatamente la libertad de la persona capturada con violación de las garantías constitucionales o legales, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno, y la interpreta en el sentido de que tal artículo sólo excluye de la apelación al auto que concede la libertad, entendimiento que permite a la persona capturada a quien se le ha negado el Habeas Corpus, apelar ante el superior para que éste revise la decisión.

En este fallo la Corte Constitucional establece criterios sobre la manera como debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, abocar los debates hermenéuticos sobre normas legales, en los siguientes términos:

De un lado, si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecuan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios.

“De otro lado, si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico”.

En tercer término, si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente.

Finalmente, se refiere a los eventos en los cuales la propia Carta ha establecido reglas de preferencia para escoger entre interpretaciones alternativas de una norma legal.

Es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones, individualmente considerada, no viole la Constitución. Esto significa que si cada una de esas interpretaciones fuera una proposición jurídica encarnada en una disposición legal autónoma, ellas podrían ser todas constitucionales. Pero, en ciertas oportunidades, cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino interpretaciones alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto meramente legal y adquiere relevancia constitucional, porque afecta principios y valores contenidos en la Carta.

Son múltiples los fallos proferidos por la Corte Constitucional en tal modalidad.⁵⁸

58 Véase las sentencias C-448, C-511 de 1992, C-034, C-096, C-591 de 1993, C-195, C-212, C-270, C-308, C-406, C-454, C-496, C-555 de 1994, C-108, C-315, C-367, C-397, C-461, C-522, C-536, C-575 de 1995, C-038, C-093, C-100, C-113, C-140, C-251, C-264, C-280, C-384, C-430, C-531, C-542 de 1996, C-87, C-92, C-39, C-18 de 1997, C-73, C-77, C-21 de 1998, C-99, C-372 de 1999.

4.1.3. Sentencias integradoras. A través de esta modalidad de sentencias el Tribunal Constitucional incorpora en el orden jurídico los mandatos constitucionales, integrando su contenido normativo dentro de la regulación legal, con lo cual llena los aparentes vacíos o hace frente a las inevitables indeterminaciones de ésta.

Expone la Corte:

Si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos.⁵⁹

Con esta modalidad de sentencia La Corte defiende el principio de la fuerza jurídica de la Constitución y el principio de efectividad previsto en el artículo dos (2) de la Carta Constitucional, aun corriendo el riesgo de traspasar los límites de su competencia como legislador negativo al introducir nuevas disposiciones en una dimensión positiva.

Son ejemplo de esta modalidad de fallos las sentencias C-109 de 1995, C-070 de 1996, C-118 de 1996, C-470 de 1997 y C-183 de 1998.

En la primera sentencia la corte aplica analógicamente a la hipótesis normativa prevista en el artículo 372 numeral 1 del Código Penal, que contempla la agravación del delito de hurto en cuantía superior a cien mil pesos, el artículo 19 de la ley 190 de 1995 que adopta el índice de salarios mínimos legales mensuales como factor de determinación de la cuantía para agravar la pena del delito de peculado para remediar la omisión legislativa en la actualización de la cuantía prevista en el año de 1980 reajustándola a 18,8 salarios mínimos legales mensuales.

Esta tesis de la Corte fue reiterada en sentencia C-118 de 1996 para la actualización del inciso 2 del artículo 357 del decreto ley 100 de 1980, que establecía, igualmente, que la pena del delito de emisión y transferencia ilegal de cheques se aumenta hasta en la mitad si la cuantía del cheque fuere superior a cien mil pesos.

59 Véase Sentencia C-470 de 1997.

La sentencia C-109 de 1995, hace relación a las causales del descendiente para la impugnación de la presunción de paternidad. En ella la corte admite la existencia de una omisión relativa que vulnera el derecho a la igualdad entre padre e hijo y da aplicación general al artículo 406 del Código Civil y asigna a este último las mismas causales previstas para el padre en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en artículo 5 de la ley 95 de 1890.

En la decisión C-470 de 1997 la Corte identifica una omisión relativa en la regulación de la protección a la maternidad en el ámbito laboral y dispone que la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo es insuficiente y por ello ha de entenderse que la misma es adicional dado que carece de todo efecto jurídico el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto sin la correspondiente autorización del funcionario de trabajo competente.

El valor de las últimas sentencias estriba en que la Corte define el fundamento constitucional de tal modalidad de decisión y su facultad para modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias.

Finalmente en la sentencia C-183 de 1998 la Corte extendió la exención del pago del IVA previsto en el artículo 476 del Estatuto Tributario a las comisiones que cobren las sociedades comisionistas de bolsa por concepto de servicios de asesoría, financiera, servicios de administración de valores y fiducia mercantil, actividades que el legislador por omisión deja por fuera de la exención.

4.1.4. Sentencias de exequibilidad temporal. En el último bienio la Corte da una nueva dirección al tratamiento asignado hasta el momento a las omisiones legislativas relativas. Es así como en sentencia C-221 de 1997 utiliza la figura de la constitucionalidad temporal o inexecutable diferida, modalidad que constituye una verdadera innovación en la doctrina constitucional colombiana.⁶⁰

Esta clase de decisión es, según la Corte, el resultado del estudio de los efectos de determinado fallo de inexecutable sobre las normas constitucionales y solo es aplicable en casos límites en los cuales quede claramente establecido el virtual efecto inconstitucional de un fallo, con el fin de garantizar la protección integral del orden constitucional.

60 Esta modalidad de fallos son usuales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Austríaco y el Tribunal Alemán.

En este fallo la Corte advierte la inconstitucionalidad del artículo 233 del decreto 1333 de 1986, que fija impuestos respecto a recursos naturales no renovables, con ocasión de la omisión del legislador en cuanto a la imposición del pago de regalías en la explotación de los mismos, como lo establece el artículo 360 de la Carta Constitucional, no obstante mantiene la norma dentro del ordenamiento jurídico por un plazo de cinco años, a efectos de que el ente legislativo en el mismo término profiera la norma respectiva.

La declaratoria de inexecutable tendría un efecto adverso a las finalidades constitucionales por ende debe conservarse la norma hasta

que el legislador expida la regulación o de lo contrario ésta será inexecutable, en el entendido de que entonces la extracción de los recursos naturales no renovables (arena, piedras y cascajo de los ríos) queda sometida al régimen general de regalías definido por el artículo 18 de la Ley 141 de 1994.

La temporalidad en la decisión de executable permite que en un primer momento se confiera prevalencia a la libertad legislativa, pero de persistir la omisión se entenderá que con su silencio el Congreso ha renunciado a legislar la materia, por lo cual no es contrario al principio de separación de poderes, que ese régimen sea definido por tribunal constitucional.

NOTAS FINALES

Durante las tres últimas décadas el tema del control de las omisiones legislativas inconstitucionales ha sido objeto de análisis en la teoría constitucional, a efectos de garantizar la eficacia plena del orden superior.

La omisión legislativa inconstitucional traduce el incumplimiento del legislador de un mandato constitucional imperativo a través del cual se crean o conservan situaciones inconstitucionales reguladas por una norma implícita que dimana de la abstención legislativa y resulta contraria a la Constitución.

La revisión jurídica judicial de los silencios legislativos se impone como instrumento eficaz para superar los efectos lesivos de la omisión legislativa inconstitucional, el cual puede efectivizarse mediante el control de las situaciones jurídicas inconstitucionales configuradas.

En este tema han dado el primer paso el derecho constitucional de las Repúblicas de Yugoslavia y Portugal en Europa y de Brasil y la provincia de Río Negro, Argentina, en Sudamérica, quedando como tarea doctrinaria y

jurisprudencial para los demás países que siguen un modelo de Estado constitucional incluido el colombiano.

La forma en que el Tribunal ha afrontado el tema de las omisiones legislativas durante los ocho primeros años de vigencia del texto constitucional, aún en etapa de exploración y elaboración, ha sido relevante, pese a la ausencia de uniformidad en el análisis de casos similares que impide una presentación sistemática del tema.

Es innegable que algunos de los fallos más controvertidos de la Corte, han tenido origen en omisiones legislativas inconstitucionales en los cuales la defensa de la fuerza normativa de la Constitución ha prevalecido sobre la autonomía legislativa.

Es cierto, además, que no es posible establecer cuál debe ser la respuesta de la Corte Constitucional al problema de las omisiones legislativas, por ello para la pretensión de este trabajo es suficiente el reconocimiento de la importancia del tema y la necesidad de construir una doctrina en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, María Ángeles. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 8 Madrid (enero-abril) (1991) pp. 184-192.
- Aja, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 98-128.
- Bidart Campos, Germán. "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales". Consultado en AA.VV. *Inconstitucionalidad por omisión*, Santafé de Bogotá, Temis (1997) pp. 2-170.
- Blanco Valdés, Roberto. *El Valor de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, (1998) pp. 101-184.
- Cascajo Castro, José Luis et al. *Constituciones Extranjeras Contemporáneas*. 3ª. edición, Tecnos, Madrid (1994), p. 175.
- Chinchilla, Tulio Elí. *Constitución Política de Colombia*. "Título V. De la Organización del Estado". Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá (1996) pp. 29-33.
- De Agapito Serrano, Rafael. *Libertad, división de poderes*. Tecnos, Madrid (1989) pp. 148-166.
- Eisenmann, Charles. *El espíritu de las leyes y la separación de poderes*. París, 1933, citado por Blanco Valdés, *Op. cit.*, p. 80.

- Fernández Segado, Francisco. *La inconstitucionalidad por omisión*. "Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica". AA.VV. Inconstitucionalidad por omisión, Santafé de Bogotá, Temis (1997) p. 25.
- Fernández Rodríguez, José Julio. "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión". AA.VV. Inconstitucionalidad por omisión, Santafé de Bogotá, Temis (1997) p. 123.
- De Enterría. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª. edición, Civitas (1984) pp. 42-6.
- Gomes Canotilho, José Joaquín. *Dereito Consatitucional*. 4ª. edición, Coimbra Livraria Almedina, 1987, p. 829.
- Hernández, María del Pilar. "La división de poderes en la Constitución de 1917". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma No. 92, mayo-agosto, México (1998) p. 355.
- Madison, Hamilton y Jay. *El Federalista*. Prologo y versión Gustavo Velasco, 2ª. edición, México (1957) p. 302.
- Morkel Arnd., *Marxismo y Democracia Política II*. Ediciones Rioduero, Madrid (1975) p. 144.
- Montesquieu, Charles de Secondat. *El espíritu de las leyes*. Biblioteca de Grandes Obras Famosas, volumen 3, editorial Claridad, Buenos Aires, 1971, p. 188.
- Mortati, Constantino. *Appunti per uno studio suo rimedi giurisdizional contro comortamenti omissivi del legislatore*. Grufre Milano, 1972, p. 923.
- Landelino Lavilla, Alsina. *Constitucionalidad y Legalidad* consultado en AA VV. División de Poderes e Interpretación. Hacia una praxis constitucional. Madrid, Tecnos (1997) p. 55.
- Leowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego, Ariel, Barcelona (1979) pp. 55-232.
- Sagues, Néstor Pedro. *La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro*. En AA.VV. Inconstitucionalidad por omisión, Santafé de Bogotá, Temis (1997). p. 109.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. *La Inconstitucionalidad por Omisión*. Madrid, MG Graw (1997) pp. 37-220.
- Corte Constitucional base de datos
- Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996*, Corte Constitucional M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia T-348 del 24 julio de 1997*, Corte Constitucional M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia C-118 del 21 marzo de 1996*, Corte Constitucional M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia C-407 del 10 agosto de 1998*, Corte Constitucional M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia C-183 del 6 mayo de 1998*, Corte Constitucional M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia C-543 del 16 octubre de 1996*, Corte Constitucional M. P. Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995*, Corte Constitucional M. P. Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencia C-745 del 2 diciembre de 1998*, Corte Constitucional M. P. Hernández José, Gregorio. *Sentencia C-024 del 27 enero de 1994*, Corte Constitucional M. P. Martínez Caballero,

- Alejandro. *Sentencia C-496 del 3 de noviembre de 1994*, Corte Constitucional M. P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-690 del diciembre de 1996*, Corte Constitucional M. P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994*, Corte Constitucional M. P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995*, Corte Constitucional. M.P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997*, Corte Constitucional. M. P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-470 del 25 septiembre de 1997*, Corte Constitucional. M.P. Martínez Caballero, Alejandro. *Sentencia C-146 del 22 abril de 1998* Corte Constitucional M. P. Naranjo Mora, Vladimiro. *Sentencia C-067 febrero 10 de 1999* Corte Constitucional. M.P. SÁCHICA Martha, Victoria (E).

Abstract

The author, presenting a new perspective on the concept of the separation of powers, analyzes the concept of Social State of Rights. This idea differs from traditional views in that it focuses on the individual's universal right to control, over the State, the power to issue the decisions of administrative, judicial, and legislative bodies, and the possibility of globalizing the national and international legal system. This doctrine, which is based on the concept of globalization of the national and international legal system, is a new way of looking at the separation of powers.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, Corte Penal Internacional, derecho y justicia social.

INTERNATIONAL PENAL JUSTICE AND SOCIAL STATE OF RIGHTS

Abstract

The author, presenting a new perspective on the concept of the separation of powers, analyzes the concept of Social State of Rights. This idea differs from traditional views in that it focuses on the individual's universal right to control, over the State, the power to issue the decisions of administrative, judicial, and legislative bodies, and the possibility of globalizing the national and international legal system. This doctrine, which is based on the concept of globalization of the national and international legal system, is a new way of looking at the separation of powers.

Key words: Social State of Rights, International Penal Court, Strategy and Administrative Rights.

Trabajo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional, cursado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

Abogado egresado de la Universidad de Antioquia y profesor de la misma Universidad.