

**ESTUDIO DEL CONTROL JURÍDICO DE LOS SILENCIOS
LEGISLATIVOS**

SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS
JOSÉ SAÚL TRUJILLO GONZÁLEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2006

ESTUDIO DEL CONTROL JURÍDICO DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

**SANTIAGO ERNESTO NARVÁEZ DE LOS RÍOS
JOSÉ SAÚL TRUJILLO GONZÁLEZ**

Monografía presentada como requisito para optar al título de
Abogado

Directora

Dra. MARÍA EUGENIA SAMPER RODRÍGUEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2006**

ESTUDIO DEL CONTROL JURÍDICO DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
OBJETIVOS	5
a. Objetivos Generales.	5
b. Objetivos Específicos.	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.	
LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	15
1. GENERALIDADES DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	15
2. LA CONSTITUCION Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS	23
CAPÍTULO II.	
LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y EL SILENCIO LEGISLATIVO.	33

2.1 Concepto de omisión legislativa	45
2.2 Clases de omisiones legislativas	58
2.2.1 Omisiones absolutas	59
2.2.2 Omisiones relativas	64

CAPÍTULO III

LA PRÀCTICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS.	72
CLASES DE SENTENCIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.	
3.1. El caso particular en nuestro Ordenamiento Colombiano	86

CAPITULO IV

LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA	92
Y LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES: los perjuicios y el pago de las indemnizaciones.	

CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFIA	112

OBJETIVOS

OBJETIVOS GENERALES

1. Demostrar que jurídicamente es posible controlar al legislador silente.
2. Demostrar que el silencio o inactividad del legislador puede transformarse en una omisión contraria a la Constitución.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Definir e interpretar el silencio del legislador (omisión absoluta).
2. Definir e interpretar el silencio legislativo proveniente de la ley (omisión relativa).
3. Establecer y comprender que no toda omisión inconstitucional puede ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad.
4. Identificar en los silencios legislativos el elemento normativo que permita su control jurídico, sin interferir en la decisión política que puede subyacer en ese silencio, que es asunto exclusivo a la competencia del legislador.

INTRODUCCION

En un Estado Social de Derecho como lo es Colombia según el constituyente de 1991, tanto los ciudadanos como las autoridades públicas deben someterse al imperio de la ley, y particularmente para dichas autoridades la constitución en su artículo sexto señala: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por **OMISIÓN** o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”¹.

Además, las instituciones que cumplen funciones públicas, por la trascendencia social e importancia de la función que desarrollan necesitan de una constante vigilancia y control, especialmente cuando dicha función tiene que ver con la elaboración del derecho positivo, ya sea a través del poder constituyente, es decir, la facultad de reformar la Constitución, o a través del poder legislativo, o sea, la facultad para expedir las leyes de la República. Es importante que el ente encargado de cumplir dicha función, como el Congreso de la República, cuando no cumple con ésta y como consecuencia de ello causa perjuicios o vulnera derechos, sea sometido al control y vigilancia por parte de un organismo expresamente constituido para

¹ Constitución Política de Colombia, página 18, artículo 6, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996.

ello, que determine en qué momento se está actuando en contra de los mandatos constitucionales y de las facultades dadas por éstos mismos (cuando se constituye por ejemplo, una omisión).

Por otra parte, no hay que olvidar que el Presidente de la República ostenta una potestad reglamentaria, como jefe de gobierno, y que en gran medida complementa la labor dada al legislativo, debido a que a través de ésta se permite la cumplida ejecución de las leyes, mediante la expedición de los decretos, órdenes y resoluciones². Así lo expresa la Carta Magna en su artículo 189: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Num. 11: Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”³.

Ahora bien, ¿también constituye una omisión por parte del ejecutivo, el no ejercer dicha potestad reglamentaria, cuando es necesaria la expedición de un decreto, orden o resolución que complemente una ley expedida por el Congreso?

² MORENO YOUNES, Diego, Derecho Constitucional Colombiano, séptima edición 2005, Bogota, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Pg. 309 y ss.

³ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 94, artículo 189, numeral 11.

Igualmente, surgen otros interrogantes, además de un ente especializado en el control de los silencios legislativos, ¿quién debe ser el competente o encargado de conocer aquéllos casos en los que los ciudadanos, ejerciendo su derecho a acceder a la administración de justicia, deciden acudir a ésta en aras de la defensa y garantía de sus derechos, porque han sido vulnerados y se ha causado además un perjuicio como consecuencia de la omisión legislativa?; ¿es procedente la acción de reparación directa, siendo que ésta puede impetrarse cuando a una persona se le ha ocasionado un daño causado por una omisión de una entidad pública, como el Congreso de la República ó el Presidente de la República?.

Todos estos interrogantes, deben dirigirnos a hacernos otro cuestionamiento, ¿contamos en nuestro país con un ente que verdaderamente se encargue de solucionar y dirimir el conflicto?; sobre todo cuando nos encontramos frente a una omisión legislativa absoluta, que es el caso que mas dificultades ha traído, pues solo basta revisar unas cuantas sentencias de la Corte Constitucional, quien se supone es el ente encargado de salvaguardar la Constitución, para darnos cuenta que en un tema tan delicado como lo es éste, no podemos permitir que se produzcan sentencias inhibitorias, más cuando pueden estarse causando consecuencias graves para nuestros ciudadanos.

Ahora bien, al referirnos a la actividad legislativa, es claro que con fundamento en el principio de la tridivisión de poderes⁴, al Congreso de la República se le confiere la atribución exclusiva de expedir las leyes, función de tanta trascendencia que con su ejercicio se determina el desarrollo y futuro del país, pues de esta manera se reglamentan los preceptos constitucionales a través de disposiciones, cuyas bases son propias de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que debe tenerse como pilar fundamental la supremacía constitucional, pero no solo supremacía sobre la ley, sino también, y sobre todo, esa supremacía debe manifestarse como plena indisponibilidad de la Constitución por el legislador ordinario, es decir, que no puede ser dispuesta de manera arbitraria por el legislador.

La tridivisión de poderes, como estructura básica del estado colombiano, supone la existencia de tres ramas del poder, éstas son la rama ejecutiva, la rama legislativa y la rama judicial, las cuales tienen funciones separadas, pero que colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado⁵, y que en definitiva, se reflejan en las leyes que nos rigen.

⁴ LOUIS DE SECONDAT, Charles-, barón de Montesquieu, El espíritu de las Leyes. Segunda edición, Editorial Orbis, Barcelona, 1984, Pg 245.

⁵ MORENO YOUNES, Diego, Derecho Constitucional Colombiano, séptima edición 2005, Bogota, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Pg.64 y ss.

Es así, como surge la pregunta ¿hasta donde llegan los límites que el legislador tiene en el ejercicio de su función legislativa?; ¿en realidad dicha labor se ve limitada o por el contrario, y teniendo en cuenta la posición del legislador como representante del soberano, goza de plena autonomía política? Para encontrar la respuesta a este interrogante debemos ubicarnos en los causes que la Constitución Democrática establece para que el legislador desarrolle las disposiciones constitucionales, donde encontramos que dicho legislador como institución creada constitucionalmente está siempre sometido a los principios y normas establecidas en la Carta Magna, razón por la cual todos sus actos deben estar dirigidos a cumplir la voluntad constitucional, y por supuesto todas aquellas actuaciones que vayan en su contra deben ser eliminadas de la vida jurídica.

Es por eso que la Constitución Colombiana de 1991, le atribuye a la Corte Constitucional, organismo de su creación, la función primordial de velar por su integridad y supremacía⁶, función que se realiza determinando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes expedidas por el Congreso y de los decretos con fuerza de ley

⁶ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 122, artículo 241.

expedidos por el gobierno en ejercicio de precisas facultades extraordinarias⁷.

Pero, para ejercer tal control es requisito indispensable que exista una ley o una disposición abstracta y concreta que sea objeto de revisión constitucional, la cual es necesario determinar en forma clara y precisa al momento de iniciar la acción. Sin embargo, a lo largo de toda nuestra historia constitucional, no se ha previsto una acción expresa de inconstitucionalidad por omisión.

Debido a esto, surge inmediatamente otro interrogante: ¿De qué manera el legislador puede infringir la constitución con sus silencios?

Para responder esta pregunta debe aclararse que no se puede hablar de cualquier silencio por parte del legislador para que sea inconstitucional, ya que si dicho silencio no está reglado como el de la Administración Pública, ni prohibido en toda ocasión como el de los jueces y tribunales, pues bien puede el legislador callar sin que por ello se contraría el orden constitucional.

⁷ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 74, artículo 150, numeral 10.

Los ejes básicos de esta investigación están dirigidos en primer lugar a establecer la distinción entre el silencio legislativo, ya sea una omisión absoluta (un silencio del legislador o del presidente, cuando no ejerce expresas facultades), ó sea una omisión relativa (de la ley), y la categoría de las omisiones inconstitucionales, sin olvidar que no toda omisión legislativa puede ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, se pretende identificar en los silencios legislativos un elemento normativo que permita su control jurídico sin interferir en la decisión política que puede subyacer en ese silencio, y que es asunto que atañe en exclusiva a la competencia del legislador.

En tercer lugar será necesario determinar la existencia de un órgano, que por su naturaleza dentro de la estructura básica del ordenamiento constitucional del país, sea el más idóneo para realizar esta clase de control sobre las consecuencias jurídicas contrarias al orden constitucional, generadas por los silencios del legislador, como también determinar si éste mismo órgano es competente para dirimir y restablecer el equilibrio cuando se han vulnerado los derechos de los ciudadanos como causa de dicha omisión legislativa inconstitucional.

Por último será importante establecer que acciones tienen los ciudadanos para demandar la reparación de los daños ocasionados

con éste actuar o más bien, esa falta de actuación de los entes públicos. Con base en estos presupuestos analizaremos la procedencia de la acción de reparación directa frente a este fenómeno jurídico.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el tema de la omisión legislativa se ha llegado a una unificación con respecto de la misma, partiendo de un precedente común, que es la Sentencia C-543 de 1996, del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, donde se afirma que existe “una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple con un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente”⁸.

Es decir que para la Corte Constitucional es primordial que se le atribuya un deber específico de expedición de una norma al órgano legislativo, para que eventualmente pueda llegar a hablarse de una omisión contraria a la Constitución.

Dentro de la omisión legislativa existen dos clases (omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa), que se manifiestan en esta misma jurisprudencia y que son complementadas por otras providencias⁹ de la misma corporación que es la encargada del tema

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-132 del 3 de marzo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-2154.

por mandato constitucional, tal y como lo dispone el artículo 241 de la Carta Superior: “ A la Corte Constitucional se le confiere la guarda, integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de éste artículo. Con tal fin cumplirán las siguientes funciones... (...)”¹⁰. Queda claro así, que la guarda de la Constitución Política colombiana corresponde a esta alta Corporación.

Dentro del desarrollo del presente trabajo de investigación vamos a estudiar las omisiones legislativas en Colombia, sus órganos de control y los vacíos que éstas traen. Nos proponemos, con el ánimo de colaborar con la administración de justicia, hacer un pequeño aporte a la solución de este problema, para que el desarrollo de los entes y las ramas del poder público trabajen y colaboren en armonía con los preceptos de nuestra Carta Magna en donde se consagra para la República de Colombia un Estado Social de Derecho protector y garante de sus normas y leyes.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-956 del 1 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, expediente D-2344.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-635 del 31 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, expediente D-2624.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 122, artículo 241.

CAPÍTULO I

LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

1. GENERALIDADES DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

La omisión o silencio legislativo es una abstención¹¹; es el no pronunciamiento del poder legislativo, de expedir una ley para lo cual la Constitución le ha dado plenas facultades para hacerlo.

Doctrinariamente, se ha definido a las omisiones legislativas como “el incumplimiento de mandatos constitucionales y concretos”¹². Como ya se ha dicho en el acápite introductorio, solamente puede hablarse de omisiones legislativas cuando medie un incumplimiento de mandatos expresos establecidos por la Constitución, es decir no es suficiente con el incumplimiento del deber general de legislar, sino que además debe existir un mandato específico respecto de alguna situación particular.

¹¹ Jurídicamente, abstención se refiere a un acto negativo, decidido libremente por el sujeto o impuesto por la ley, y cuyas consecuencias pueden ser imputadas a quien se abstiene. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES, 30ª edición, actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2000.

¹² FERNÁNDEZ SEGADA, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómicos” La Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá, Ed. Temis, 1997, Pág. 14 y s.s.

De la misma manera opina Gomes Canotilho, cuando sostiene que “las omisiones inconstitucionales derivan del no cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, es decir, el no cumplimiento de normas, que de forma permanente y concreta vinculan al legislador a adoptar medidas legislativas concretizadoras de la Constitución”¹³.

Tal incumplimiento de normas por parte del legislador genera la ineficacia de los principios y normas de rango constitucional, pues su materialización y desarrollo se lleva a cabo por medio de la ley expedida por el Congreso de la Republica; y si aquel órgano se abstiene de dar cumplimiento a lo dispuesto por la constitución, no se puede hablar de una Constitución como herramienta de convivencia para los ciudadanos.

Otros autores como Miranda, argumentan que “la inconstitucionalidad por omisión se verifica siempre que, una norma reguladora de cierta relación o situación, ha mandado regular cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece, y el destinatario no lo hace; no lo hace en los términos exigidos, no lo hace en el tiempo útil, y a ese

¹³ GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim, Teoría de la Constitución, Editor Dykinson, S.L Libros, enero de 2004, Pág. 917 y s.s.

comportamiento se le siguen consecuencias jurídica y socialmente inadecuadas”¹⁴.

Entendemos que dichas consecuencias son las que hacen necesaria la determinación de los límites que el legislador tiene en su actuar, y como consecuencia de esto, las sanciones correspondientes en caso de sobrepasar tales límites.

Fernández Rodríguez, con una definición cercana a la de Miranda, sostiene que la omisión legislativa es una “falta de desarrollo por parte del poder legislativo durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación”¹⁵.

Esta definición de origen doctrinario nos ubica en un punto muy importante dentro del estudio de los silencios legislativos, cual es el tiempo de que dispone el legislador para dar cumplimiento a un deber específico de legislar, lo cual será analizado detenidamente en capítulos posteriores.

¹⁴ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, 3ª Edición, Pág. 507 y s.s.

¹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1998 pág. 81 y s.s.

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional introdujo a través de la sentencia C-543 de 1996, una doctrina entorno a la concepción de las omisiones legislativas, su tipología y efectos, y expresó que “existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple con un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”¹⁶.

Debe entenderse que la omisión legislativa no es un simple no hacer, sino que es indispensable que en la constitución exista un deber expreso de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla.

De acuerdo con lo expuesto, para que exista ésta figura jurídica es necesario que se reúnan las siguientes características:

1. Una omisión – abstención, es decir, el no ejercicio de una facultad dada por el constituyente mediante una norma constitucional.
2. Que ésta norma le señale una expresa obligación de expedir una ley sobre determinado tema.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

En la sentencia citada con anterioridad, se señalan las clases de omisiones legislativas y el desarrollo de cada una de ellas.

Las omisiones legislativas pueden ser de dos clases: absolutas y relativas, como se estudiarán en páginas posteriores.

Las omisiones legislativas absolutas, obedecen a un silencio total sobre una materia, presentando la ausencia de una norma legal que regule una determinada situación o figura jurídica permitida o mandada por la Constitución, lo que puede llevar a la vulneración de derechos particulares o generales. Valdría la pena mencionar la omisión legislativa que existe sobre la regulación del derecho de petición frente a las entidades privadas que no cumplen funciones públicas, ya que éste derecho fundamental, como actualmente está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico sólo permite que cualquier ciudadano haga uso de éste derecho fundamental, para formular o hacer solicitudes ante las entidades o personas de la administración pública o ante personas privadas que cumplan funciones públicas, cuando se tenga un interés particular o general para hacerlo, pero nada se dice frente a las personas o entidades privadas que no cumplen funciones públicas.

La Corte Constitucional al respecto, ha dicho que las omisiones absolutas “consisten en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable”¹⁷.

Una falta total de regulación normativa debe significar que no existe ningún tipo de disposición legal frente a esa situación, ni siquiera es posible reglamentar la norma constitucional por medio de analogía frente a una norma que regule situaciones similares, de tal manera que es un vacío jurídico generador de situaciones no queridas por la Constitución.

Las omisiones legislativas relativas son aquellas en donde el legislador, cumpliendo el mandato hecho por la Constitución, desarrolla una norma pero ésta es defectuosa, incompleta o imperfecta. Un ejemplo claro sobre este tipo de omisiones, los vemos con algunas normas de la ley 100 de 1993 relacionadas con algunas situaciones en las que se excluyen o no son tenidos en cuenta los compañeros permanentes frente al régimen de pensión de sobrevivientes que solo le otorga tal beneficio a la compañera permanente excluyendo al compañero permanente que se encuentra en similares condiciones.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-635 del 31 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, expediente D-2624.

Para la Corte Constitucional, la omisión es relativa “cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas – específicamente por razones constitucionales-, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o insuficiente”¹⁸.

Esta clase de omisión legislativa se refiere principalmente a la vulneración del derecho a la igualdad consagrado constitucionalmente¹⁹, que se presenta en situaciones en las que la ley otorga o reconoce derechos o prerrogativas a un determinado grupo de personas excluyendo a quienes en virtud del principio de igualdad, también tendrían derecho a gozar de aquellos privilegios o derechos por estar en situaciones similares.

Estas dos clases de omisiones legislativas obedecen a diversas situaciones, en las que versan violaciones de los deberes que le

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-041 del 30 de enero de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3610.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 20, artículo 13.

impone al legislador la Constitución, y podemos clasificarlos de la siguiente manera:

1. “Que el legislador no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución. (O.L.A)
2. Cuando el legislador, en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros. (O.L.R)
3. Cuando el legislador, en desarrollo de ese mismo deber, en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto. (O.L.R)
4. “Cuando el legislador al regular o constituir una institución, omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”²⁰.

En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto hay una total ausencia de la disposición que desarrolla un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos.

Estos dos eventos se refieren exclusivamente a todo lo referente a leyes y decretos con fuerza de ley. No estamos tratando aquí el tema de los decretos reglamentarios por cuanto ellos al poner en ejecución la ley, nos llevaría a pensar que respecto de éstos, sólo se daría la omisión relativa, por estar la ley y éstos unidos en forma tal que si muere la primera conllevaría inexorablemente la de los segundos.

De lo contrario, si hay omisión legislativa absoluta, no sería lógico sostener que hay una omisión absoluta reglamentaria, porque nos llevaría a una situación inocua.

Sin embargo, hay que decir que la Corte Constitucional se ha inhibido en los temas correspondientes a la omisión legislativa absoluta, pero sí se ha pronunciado respecto de las omisiones legislativas relativas.

2. LA CONSTITUCION Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Vale la pena estudiar hasta qué punto es el legislador autónomo y libre en sus silencios.

Al respecto se ha sostenido que, la determinación espacio temporal de las funciones del legislador derivan en no pocas oportunidades de la estabilidad de un gobierno y del adecuado equilibrio en la distribución de los poderes constitucionalmente otorgados. Sin embargo, pareciera ser común, el hecho de que las democracias estables tienden a reducir –progresivamente - no solo los períodos legislativos, sino también los asuntos que deberían someterse a una regulación directa por parte del legislador que es elegido por el pueblo, de manera inmediata para esa respectiva labor. “Las materias competenciales de un cuerpo legislativo democrático gravitan también sobre la misma autolimitación que debe ejercer sobre si mismo, un congreso democráticamente delegado”²¹.

En ese orden de ideas, no podría hablarse de responsabilidad en las omisiones legislativas, sin contemplar una responsabilidad derivada de la excesiva regulación legislativa inaplicada o tendenciosamente inestabilizadora de las relaciones jurídicas y principalmente estatales.

En ese doble cuidado que al respecto debe tener el legislador, es necesario decir que una constitución que delimita de manera exagerada las competencias legislativas, puede llegar a ser tan peligrosa como aquella que deja abierta la posibilidad que sea el

²¹ PASUKANIS EVGENI B., La Teoría General del Derecho y el Marxismo, traduction de Jean-Marie Brohm ; présentation de Jean-Marie Vincent ; en guise d'introduction par Karl Korsch, Paris : Études et Documentation Internationales, 1976, Pg 711.

mismo cuerpo legislativo quien determine de qué manera efectúa sus funciones, ya que puede o no, inmiscuirse en la vida social de los particulares y en la estabilidad política del Estado.

La actividad contemporánea del legislador resulta siendo una mixtura de dos sistemas constitucionales: el liberal y el democrático, que debe superar además, el control de los Tribunales Constitucionales quiénes determinarán al interior de cada país la concordancia de la legislación con el texto constitucional. Sin embargo, “la protección de las minorías y de los grupos cuya identidad debe ser directamente tutelada por el estado, debe ser tomada en cuenta en algún momento en el procedimiento legislativo que hace el aparato legislativo”²².

Ahora bien, la responsabilidad omisiva del legislador debe contemplar no solo la orden expresa de legislar contenida en la Constitución, sino también una dimensión normativa social que colateralmente evoluciona al lado de la regulación parlamentaria.

²² RAWLS, John, Una Teoría de la Justicia, Cambridge, Harvard University Press, 1997. Cfr.: Problema de los Embera- Katío en Colombia y de las comunidades de los Uwa, respecto a la represa hidroeléctrica Urrá 1 que exterminó la pesca del río Sinú y su cuenca y destruyó la comunicación fluvial entre el alto Sinú y la sabana cordobesa pese a que se desconoció que en noviembre de 1998, la Corte Constitucional ordenó a la empresa Urrá indemnizar, por dichos daños, al pueblo Embera durante un período de 20 años. Sin embargo en junio de 2001, la Corte Suprema de Justicia desconoció el fallo, considerándolo contrario a la seguridad jurídica. Además todo este atropello se presentó porque el legislador tenía la obligación de legislar un año después de expedida la constitución respecto al artículo 329 de la misma, que prevé que la conformación de territorios indígenas debe hacerse con sujeción a las disposiciones de la Ley de Ordenamiento Territorial, cosa que no se pudo hacer porque la Ley de Ordenamiento Territorial al día de hoy no se ha sido expedida.

El constitucionalismo francés, por ejemplo, de corte legalista y que tuvo gran influencia en todo el continente latinoamericano, encontró muchos opositores académicos, “que por la misma imposibilidad de controlar a un legislador altamente autoritario, sugerían la creación de un tribunal constitucional que antes que limitar la actividad del legislador, la encauzara hacia una presencia permanente de la Constitución en toda la normatividad”²³.

De esta manera el derecho francés se constituye como un antecedente importante del constitucionalismo contemporáneo que refleja la necesidad de situar a la Constitución y sus principios en una posición necesaria para la conservación del orden jurídico.

Podríamos afirmar entonces, que la omisión legislativa es mucho más controlable en una democracia que cuenta con una constitución jurisdiccionalmente protegida, al igual que, la iniciativa legislativa gira, por ejemplo en Colombia desde 1991, en torno a desarrollar la Constitución bajo un nivel legislativo predominantemente, “sobre la idea de crear normas jerárquicamente peligrosas desde el abordamiento constitucional”²⁴.

²³ L. FAVOREU, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, traducido por Luís Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Pg 74.

²⁴ Modificaciones de corte constitucional que fueron manejadas en múltiples oportunidades a través de leyes que llegaban a superar las previsiones constitucionales de manera peligrosa. Cfr.: las declaraciones de los Estados de Sitio en Colombia durante los gobiernos previos a la expedición y entrada en vigencia de la

El problema que surgiría ante una eventual inconstitucionalidad por omisión, se haría jurídicamente aún más visible si la relación entre constitución y ley se rompe, de forma tal que el legislador, ya no tiene a disposición la primera de ellas. “Esto generaría, sin importarnos frente a qué tipo de omisión legislativa (absoluta o relativa) nos encontremos, que éste vaya en contravía con “la voluntad normativa que le es indisponible, la del pueblo soberano expresada en la Constitución”²⁵.

Es claro entonces, que el control jurídico sobre las omisiones legislativas, se fundamenta en la idea de una estructura, que aunque jerarquizada, guarda estrecha relación entre dos extremos: la constitución y la ley. Sin embargo, cuando esa relación se rompe, surge la controversia entre dichos extremos, y es en éste punto, donde debe efectuarse el control por parte del juez constitucional, quien determinará la inconstitucionalidad del enunciado que surge del silencio y que es contrario a la constitución, además de exigir del legislador el cumplimiento de su deber.

constitución de 1991, o la concesión de derechos políticos y económicos como la ley 28 de 1932 y la ley 200 de 1936 sobre los derechos de la mujer y la reforma agraria durante el gobierno del Señor Ex presidente Alfonso López Pumarejo.

²⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998 pág. 17 y s.s.

No obstante, la iniciativa legislativa se deriva de dos precisas fuentes: II bien sea de la orden constitucional expresa de legislar, bien del programa del partido político o del parlamentario que llega democráticamente elegido II²⁶. Con todo, en esa ambivalencia, deben ser tenidos en cuenta una serie de elementos derivados de la ponderación de los derechos fundamentales a la igualdad o elementos derivados a su turno de la interacción social correspondiente²⁷.

Según el autor Seufert: II donde no hay ninguna vinculación normativa, y por ello, ningún deber de actuar, no existen omisiones II²⁸.

En este orden de ideas, se hace necesario crear una metodología determinada para evidenciar la responsabilidad de las omisiones legislativas. Así por ejemplo, si la Constitución expresamente contiene órdenes para la tarea legislativa, y adicionalmente delega en la Corte ó juez constitucional el control de la actividad del legislador, y más allá de ello, los partidos o grupos de representación contribuyen con una doctrina política (que en época de crisis, puede llegar a ser trascendental para el futuro de la protección de determinados grupos),

²⁶ Entre otras Ley Fundamental de Bonn para la República Federal de Alemania en sus artículos: 4, 26, 29 num. 7 y 8, 38, 41, 45b, 48, 54, 95, 96, 104, 106 inc. 3, 4, 5, 5ª, 6. , 109, 115, 134, 135, 143 y ss.

²⁷ Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-429, por la cual se despenaliza la dosis personal de drogas; además Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-1336, sobre la despenalización del aborto; Sentencia C-955 del 26 de julio de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-2823, sobre el sistema financiero y la creación de la U.V.R.

²⁸ SEUFERT Leo, Die nicht erfüllen Gesetzgebungsgebote. Deutscher Taschenbuch Verlag. Capítulo I, pág. 11. II El incumplimiento del deber de legislar. II

la responsabilidad jurídica del legislador dependería de la disminución de las problemáticas sociales que a él por expresa orden de la constitución le han sido dadas para ser resueltas, como “también de todas aquéllas que surgen de la tensión de diferentes derechos fundamentales”²⁹ o de las estructuras del Estado que deban ser sometidas a una regulación³⁰.

Así, en las constituciones de tipo liberal, es “la actividad del legislador la que encuentra límites, no su silencio. Por esta razón, que el legislador salga de su “hold”³¹ se convierte en una inadmisibles pretensión, ya que es el mismo soberano, encarnado en su representante, en el órgano legislativo”³².

Por su parte, en las constituciones de corte democrático, el silencio del legislador se revela como posibles causas para decretarse la **declaratoria de inconstitucionalidad por omisión**, “porque en el tipo de modelo estatal democrático, se consuma de facto la ruptura entre Constitución y ley, erigiéndose ambas, como dos formas

²⁹ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 19, artículo 11.

³⁰ Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, expediente 778, y C-836 del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3374, con respecto a la ley 169 de 1896 y la creación de la doctrina probable.

³¹ Es conveniente que el legislador salga de su estado de inercia e inoperancia.

³² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1998 pág. 21 y s.s.

jurídicas jerarquizadas, en el que se articula el sistema de justicia constitucional apoyado sobre dicha jerarquía normativa”³³.

Por lo tanto la relación entre Constitución y ley frente a la clase de modelo estatal son un factor determinante a la hora de establecer límites a la actividad del legislador y controlar sus consecuencias jurídicas tanto de manera preventiva como sancionatoria.

En palabras de OTTO y PARDO: “ la supremacía de la Constitución sobre la ley es suficiente para afirmar que cuando la Constitución dice que la ley es expresión de la voluntad popular no alude a la voluntad popular de que la Constitución precede, sino que utiliza el concepto de voluntad popular para aludir al pueblo como “órgano” del ordenamiento jurídico, como poder constituido”³⁴.

Esto significaría que la Constitución como ley fundamental tiene su espacialísima fuente en el Poder Constituyente, lo que le otorga la superioridad que tiene sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, que carecen de esta fuente originaria.

33 PALOMBELLA, Gianluigi, Constitución y Soberanía, Editorial Comares, 2000, Madrid, España, Pág. 17 y ss.

³⁴ OTTO y PARDO, Ignacio, Derecho Constitucional, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, Pág. 139.

Así, la base fundamental de los pilares de la Constitución se asientan en los principios políticos-constitucionales determinantes: la soberanía como base de la organización política, la primacía de la persona humana sobre las instituciones del Estado y el régimen de legalidad solamente justificado por su legitimidad.

Los actos u omisiones del legislador no son del soberano, sino de un poder constituido y por ello limitado y sometido a control, que se basa como ya mencionábamos en las fuentes de legitimidad y soberanía que versan sobre la persona humana en el rol que ésta desempeña como ciudadano activo.

Sin embargo, el hecho de que el legislador o la ley ocupen ahora una posición subordinada a la Constitución es razón suficiente, y necesaria, para someter los silencios del legislador y sus actos normativos a un control de constitucionalidad.

La constitución democrática establecerá en que supuestos no es posible introducir un poder público en las relaciones sociales³⁵, pero no es su objeto indicarle en que casos debe hacerlo. Recuérdese que donde la Constitución no impone una prohibición hay un permiso, que es el permiso constitucional al legislador para configurar el Estado. En

³⁵ Aquí nos estamos refiriendo a la función de los derechos fundamentales, al artículo 93 de la constitución política y los demás tratados que adicionen los derechos fundamentales.

la teoría clásica constitucional “la constitución solamente determina los fundamentos básicos, mínimos, y siempre se ha dicho que lo que no esté expresamente prohibido puede a través del denominado principio de configuración, ser regulado por el legislador”³⁶.

Se podría afirmar que el legislador ésta facultado por la constitución para hacer todo aquello que le está permitido. Sin embargo, si aún teniendo la competencia para legislar, no lo hace, contrariando la norma constitucional, podría dar lugar a un control donde el juez constitucional puede declarar la inconstitucionalidad por omisión de los preceptos legales que van en contravía de la norma constitucional que ordena la creación de una ley sobre una situación o materia determinada y, que aún no ha sido desarrollada legalmente.

Pero, puede darse que el legislador con su silencio cree situaciones que están expresamente prohibidas por la constitución, caso en el cual, el juez constitucional podría declarar su inconstitucionalidad.

³⁶ Para este aparte Confróntese la teoría del *ius puniendi* y la ponderación que a nivel de Derechos Fundamentales se hace con esta potestad punitiva del Estado y que se introduce de manera general en todas las constituciones mundiales cómo un monopolio de castigo que ostenta solo Estado que se ha organizado democráticamente y que gira alrededor del texto constitucional. Cfr. Los autores que crearon desarrollaron esta teoría como el varón ZAFFARONI, FERRAJOLI, ROXIN, JAKOBS, VON LISTZ, entre otros.

CAPITULO II:

LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y EL SILENCIO LEGISLATIVO

“El silencio del legislador solo se transforma en una omisión contraria a la Constitución, si el legislador con su silencio desplaza al pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Esa transformación solo tiene lugar cuando la norma constitucional, es decir, la voluntad normativa del pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador con su silencio crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano”³⁷.

Debe entenderse que las situaciones generadas como consecuencia de la inactividad del legislador tienen la capacidad de modificar de manera tácita el contenido de la Carta Magna, lo cual es intolerante desde todo punto de vista debido a que se esta apartando a la voluntad popular quien es la que ostenta la soberanía, y de esa manera la Constitución adopta formas derivadas de la ineficiencia del legislador que en la mayoría de los casos puede generar un desequilibrio en la estructura del Estado desde todo punto de vista.

³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 7

Para que el silencio del legislador se transforme en una omisión inconstitucional se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. La inexistencia de una norma legal.
2. El incumplimiento de una obligación señalada en la constitución respecto de algunas figuras jurídicas.
3. La creación de situaciones contrarias a la constitución.

No deja de ser curiosa la naturalidad con la que muchos tribunales constitucionales, resuelven controversias constitucionales en las que el objeto del debate procesal no es otro que las omisiones legislativas respecto de cierta cuestión y la compatibilidad con la Constitución de dicha inactividad; “inclusive la ciencia jurídica europea ha ido asumiendo esta categoría de forma callada y paulatina hasta el punto de que en el siglo XXI no se debate tanto sobre su existencia y oportunidad, como sobre los mecanismos adecuados para el control eficaz de ese silencio por parte de los órganos de la justicia constitucional”³⁸.

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 48 y s.s.

Es por esto que, a través de la historia de las instituciones jurídicas han sido constantes los rechazos a cualquier forma de control de los silencios legislativos, fundándose tanto en la defensa de la “legitimidad democrática” del legislador, como en la comprensible censura a cualquier forma de control por un tribunal, del hacer legislativo. En efecto dicen quienes piensan así, “si la inconstitucionalidad por omisión presupone la inexistencia de una norma legal, ya que su objeto es un silencio legislativo contrario a la Constitución, lo que se impugna en el proceso constitucional y lo que es objeto de examen será justamente la inexistencia de ley, y por tanto el silencio del legislador; es decir, la decisión del legislador de no legislar”³⁹. Del mismo modo, “quien insta por ese control, no estará, sino reclamando su derecho a que se promulgue la norma legal omitida, so pena de infringir la Constitución”⁴⁰.

Consideramos que una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión implica una declaración de responsabilidad del legislador, por incumplir el mandato constitucional que le ordena realizar la función de legislar, evento no susceptible de ser analizado por la Corte Constitucional en Colombia desde el punto de vista patrimonial sancionatorio, sino más bien objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa por constituirse en un hecho del Congreso de la

³⁹FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 64 y s.s.

⁴⁰Íbidem.

República que en un momento dado pueda dar lugar a un daño antijurídico.

Algunos doctrinantes sostienen que, “cabe una vía distinta, de alcance más amplio, según la cual, la supremacía de la norma constitucional, imperativo jurídico ligado al principio democrático, presupone la existencia de un control jurídico sobre la actividad del legislador, que solo puede tener por objeto los actos normativos de ese poder público, que bien pueden ser normas explícitas contenidas en formas jurídicas determinadas como la ley o también pueden ser normas implícitas derivadas de sus silencios”⁴¹. Pero recuérdese que dentro de las funciones del legislador en la Constitución Política de 1991, el Artículo 150 prevé de manera tácita “Corresponde al Congreso hacer las leyes”⁴². Pero dentro de su contenido normativo no prevé la sanción para el caso contrario, evento que podría juzgarse una vez que éste silencio produzca un daño, por la jurisdicción administrativa, por cuanto consideramos que la competencia de la jurisdicción constitucional no es controlar la inactividad del legislador, sino las leyes que él crea, mediante el control de constitucionalidad señalado en el artículo 241 de la Constitución Política.

⁴¹ OTTO Y PARDO, Ignacio de, Sistema de derecho constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, Cáp. VIII.

⁴² Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 72, artículo 150.

La inactividad legislativa, ya sea un silencio del legislador (omisión absoluta), o un silencio de la ley (omisión relativa), podría ser sustituida por la Corte Constitucional en sus sentencias al crear, adicionar o integrar normas para evitar estas omisiones, lo que llevaría a una intromisión en la rama legislativa.

Para muchos doctrinantes, la resistencia a admitir el control de constitucionalidad sobre los silencios legislativos “deriva de las características del objeto mismo de control y de la posición constitucional que se le atribuye al legislador, precisamente por imperativo del principio democrático”⁴³. ¿Cómo va a contrariar la Constitución un legislador que se limita consciente o inconscientemente, a guardar silencio? ¿Acaso no constituye una manifestación como esa, su posición constitucional en los sistemas jurídicos democráticos, la inmunidad de su silencio?

La respuesta en ambos casos es negativa. En primer lugar, “lo que se controla no es la inactividad del legislador, sino las consecuencias jurídicas de su inactividad”⁴⁴; del mismo modo que el control constitucional ejercido sobre su ley lo es sobre el producto normativo de la actividad del legislativo y no sobre esa misma actividad o sobre

⁴³ AHUMADA RUIZ, Maria de los Ángeles, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 8, 1991, España, Pág. 75 y s.s.

⁴⁴ AHUMADA RUIZ, Maria de los Ángeles, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N°. 8, 1991, España, Pág. 75 y s.s.

el órgano constitucional propiamente dicho. En segundo lugar, “la posición constitucional del legislativo e incluso su plus democrático no le hace inmune cuando quebranta la Constitución, y de hecho pueden infringirla simplemente guardando silencio. Y para que ese silencio sea lesivo de la Constitución es necesario que afecte aquellos deberes explícitos de legislar que ella pueda imponerle, y además que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura Constitucional, propia de las constituciones democráticas”⁴⁵, ó simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

Todos los problemas que se dan por las omisiones, nos hacen preguntar ¿por qué éstos se dan, más aún como factores políticos, sociales o de conveniencia?⁴⁶

Se ha sostenido que “el Estado Social constitucionalizado, que son los cometidos que este tipo de estado le impone al legislador, los que le

⁴⁵ Pace, ALESSANDRO, La causa della rigidità costituzionale, CEDAM, Padova, 1995, Pág 32 y s.s., y Varela Suanzes, JOAQUIN, "Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale" Giurisprudenza Costituzionale, fascículo 5, 1994, pág. 3313 y ss.

⁴⁶ Los fallos Frente al despojo llevado a cabo por la construcción de la represa de Urrá, en noviembre de 1998, la Corte Constitucional ordenó a la empresa Urrá indemnizar, por dichos daños, al pueblo Embera durante un período de 20 años. Sin embargo, en junio de 2001, la Corte Suprema de Justicia desconoció el fallo, considerándolo contrario a la seguridad jurídica. De esta manera vemos como las altas cortes hacen una interpretación jurídica y crean jurisprudencias contradictorias que en nada benefician a las comunidades de los grupos étnicos y en provecho de las multinacionales y transnacionales que explotan nuestros recursos. Otro caso palpable es el que se presenta con respecto al Art. 288 de la Constitución que prevé la realización de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

pueden obligar a permanecer en silencio ante el denominado *statu quo*⁴⁷; entendido como la estructura patrimonial del Estado que en ciertas situaciones no es prudente que el congreso de la república legisle sobre temas que puedan generar inestabilidad patrimonial, ya que se producirían consecuencias contrarias a los principios que pregona la filosofía del Estado Social.

La Corte Constitucional en muchos casos se inhibe de pronunciarse sobre las ausencias u omisiones legislativas absolutas cuando debiera hacerlo para cumplir con su primordial función dentro del ordenamiento constitucional, precisamente porque es a ésta alta Corporación a la que le corresponde la salvaguarda, honra y protección de la Carta Magna, claro, desde el punto de vista jurídico, por que ya hemos señalado que desde el punto de vista patrimonial y resarcitorio podría ser conveniente la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa.

En la sentencia C-543 de 1996, es un requisito indispensable, como ella misma lo dice, “Que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede

⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998 pág. 3.

haber omisión”⁴⁸. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar.

Dentro de la acotación rendida por la asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política⁴⁹, explica el porqué la acción pública de inconstitucionalidad no es viable para hacerse cargo de este tema cuando expide el siguiente concepto, respecto de una de sus más importantes sentencias cual es la sentencia C- 543 de 1996:

- “La acción pública de inconstitucionalidad presupone necesariamente la existencia del acto general, impersonal y abstracto que viola la Constitución. En el caso sometido al estudio de la Corte, tal acto no existe, pues lo que se alega es la inexistencia de normatividad. Entonces, la acción es improcedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 241 del Estatuto Superior, pues la competencia que allí se le asigna a esta Corporación opera **sólo** respecto de los asuntos que la norma enumera de manera taxativa”⁵⁰.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

- Además, si el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, que regula los procesos de constitucionalidad, establece como requisito indispensable para ejercer acciones de esta índole, la de determinar de forma clara y concreta, las normas que se estiman violatorias de la Carta y, “siendo este un mandato expreso, debe suponerse la existencia de tales normas, de lo que se desprende el hecho de que en los casos en que éstas no existan, no puede ejercitarse la acción por sustracción de materia”⁵¹.
- Ante esta circunstancia, “sería la acción de tutela más no de la constitucionalidad, la pertinente para proteger los derechos fundamentales por acciones u omisiones de las autoridades públicas”⁵².

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia reitera su posición respecto de la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad para atacar las situaciones contrarias a la Constitución, generadas por los silencios del legislador debido a que la ley que regula los procesos de constitucionalidad, establece de manera expresa que tal acción solamente procede cuando se señala de exactamente la normatividad que esta en contra de los preceptos

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

⁵² Ibidem.

constitucionales, de tal manera que en la figura jurídica del silencio legislativo no procede tal acción por carecer de esa normatividad considerada inconstitucional.

De acuerdo con esta argumentación, ¿qué pasaría si la omisión legislativa no versara sobre derechos fundamentales, sino sobre otros derechos? Al respecto estamos de acuerdo con la asociación mencionada de que habría lugar a una acción popular o de grupo según el caso, ó un derecho de petición.

La Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política⁵³, sostiene que es la acción de tutela el mecanismo procedente para proteger los derechos fundamentales de las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas. Sin embargo, creemos que, cuando se trate de derechos no fundamentales, no podría aplicarse éste mecanismo, sino como lo sostienen otros doctrinantes mediante el Derecho de Petición consagrado en el artículo 23 de nuestra Constitución Política.

Al considerar el derecho fundamental de petición, “los ciudadanos podemos acudir a las autoridades públicas y solicitarles la resolución de un asunto, ya sea movido por un interés general ó particular, ya sea

⁵³ Ibidem.

que se trate de una acción u omisión de las autoridades públicas”⁵⁴. Lo cierto es que, puede invocarse éste derecho fundamental y de igual forma otros derechos, que aunque no sean fundamentales, pueden ser protegidos de manera conexa. Desde este punto de vista, sí sería viable la acción de tutela como mecanismo para la protección de nuestros derechos.

De otra parte, considera la Asociación antes mencionada en su concepto, que no es acertado el argumento del demandante en el sentido de que la demanda es viable porque es la misma Constitución la que le atribuye a la Corte la función de salvaguardar y velar por la integridad y supremacía de la Constitución, pues si bien es cierto, que esta tarea le fue confiada, ella debe realizarse “en los precisos términos” del artículo 241 de la Carta, y a la luz de esta disposición no existe “la posibilidad del control por vía activa para la inconstitucionalidad por omisión, lo que implica una falta de competencia en cabeza del máximo tribunal de control, en esta materia. Si dicha acción no puede interponerse en los casos de inconstitucionalidad por omisión, mal puede la Corte conocer de la misma.”⁵⁵

⁵⁴ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 22, artículo 23.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

Podría plantearse además que el problema quedaría resuelto, si nos remitimos al artículo 278 numeral 4º de la Constitución Política de Colombia que consagra: “El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes”.⁵⁶ ¿Pero entonces que sucede cuando estamos frente a derechos de otra índole?

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el significado de la palabra exhortar es el siguiente:

“EXHORTAR: Del lat. Exhortärt. Incitar a alguien con palabras, razones o ruegos a que haga o deje de hacer algo”.⁵⁷

Luego entonces si tenemos en cuenta este precepto constitucional, el legislador en principio, podría estar incurso en una sanción cuando el procurador lo “exhortara” a cumplir su deber y él hiciere caso omiso de esta petición.

⁵⁶ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 144, artículo 278.

⁵⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición, Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.

2.1 Concepto de omisión legislativa:

La Constitución de 1991, estableció limitaciones a la función legislativa, pero esta no conlleva a justificar los silencios que tiene el congreso de la República frente a su principal función.

No todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución, pues existen “silencios legislativos inocuos, que carecen de las consecuencias normativas que los hacen jurídicamente relevantes, y pese a poseer dicha relevancia, deberán de igual forma, generar consecuencias normativas contrarias a la Constitución, para ser considerados como omisiones inconstitucionales”.⁵⁸

Todos los autores sobre el tema consideran que es importante saber frente a qué tipo de silencios legislativos nos encontramos, ya que el legislador puede introducir con sus no actuaciones, silencios, que pueden afectar a la sociedad desde todo punto de vista como el moral, religioso, etc. Sin embargo, estos no tienen ninguna relevancia desde una perspectiva jurídica, porque si bien, no están del todo permitidos,

⁵⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 35.

tampoco generan las consecuencias suficientes para declararlas omisiones inconstitucionales.

En efecto, frente al tema se ha sostenido lo siguiente:

- La constitución le da competencia al legislador para tomar una decisión, si lo quiere hacer; el silencio legislativo es irrelevante y permitido por ésta.
- La constitución le ordena o prohíbe la creación de una norma jurídica, el legislador debe hacer o no hacer lo que manda la constitución. Se da un silencio legislativo no permitido por ella.
- La constitución ordena la creación de una norma y además la somete a un control constitucional.
- El silencio no puede suspender la vigencia de una norma. El efecto de ello es que produce la suspensión de la vigencia de una norma constitucional por la omisión del legislador.
- El legislador tiene la obligación de no infringir la constitución, es decir no generando o conservando situaciones contrarias a ella, bien sea porque crea una situación que expresamente es

prohibida o porque no se crea una situación que es permitida por la constitución.

- Existen silencios inócuos cuando la constitución permite que el legislador legisle o no sobre una situación.
- Cuando el legislador no asume sus funciones como poder constituyente en lo relacionado con la vigencia de la constitución, creando situaciones contraria a la carta, éste silencio es inconstitucional por crear un elemento de contradicción.
- El silencio puede actuar como aplicador de otra norma, que conlleva una situación contraria a la constitución. Éste es un silencio inconstitucional por tener un elemento de contradicción.
- El silencio no puede generar la norma de competencia que le da al legislador la facultad de legislar sobre una situación determinada o cuando no le da plazo para expedirla, evento diferente si lo diera donde si se produciría una omisión inconstitucional por cuanto crea una norma presunta o implícita que sería contraria a la constitución, al violar el plazo para expedirla.

- Si al legislador no se le da un plazo, cuánto tiempo podría durar éste sin expedir la norma sin que se presente una violación de la constitución para poder ser declarado inconstitucional el silencio?

La doctrina sostiene que como la constitución regula las condiciones de existencia y el ejercicio del poder público, cualquiera que sea la materia y entienden el poder público, como el que tienen unas personas para imponer obligaciones a otras. En estas condiciones existiría un silencio inconstitucional, al introducir poder público donde lo prohíbe o no efectuarlo donde la constitución lo exige, como sucede por ejemplo con los actos administrativos que encuentran vigencia en el silencio del legislador.

No todos los silencios legislativos son irrelevantes e inocuos desde la óptica jurídica, porque hay silencios legislativos que van en total contravía con el querer de la constitución, al crear consecuencias contrarias a ésta, y por tanto sus efectos jurídicamente tiene gran relevancia frente a una persona o a un conglomerado, lo que podría conllevar a una omisión inconstitucional.

Así por ejemplo, de acuerdo a lo sostenido por algunos doctrinantes, el silencio en la constitución de tipo liberal es irrelevante porque ésta hace efectiva su función limitadora al legislador, imponiendo un

procedimiento distinto al ordinario para que su función también tenga valor constituyente, pues lo que encuentra límites es su actividad, no su silencio. Exhortar al legislador para que salga de su inacción o silencio no tiene objeto porque se tiene una obligación de éste. La Constitución permite y avala, la acción legislativa.

Hay ciertos casos en que la Constitución atribuye a la ley, la facultad de tomar una decisión concreta ó le da competencia para regular una materia genérica. En un otro caso, tenemos que la constitución constriñe al legislador para que plasme una norma, una realidad jurídica. En estos casos, “el silencio legislativo no tiene por qué ser contrario a la Constitución, aunque pueda discutirse que estas formas de silencio no sean del todo constitucionalmente adecuadas, si haciéndose un examen aún más riguroso se logre determinar, que el legislador con su omisión, que en un principio podría considerarse como una facultad discrecional, generó una consecuencia jurídicamente relevante y contraria a las normas constitucionales”⁵⁹.

En el primero de los casos anteriormente descritos, es decir, que la Constitución le atribuye al legislador una competencia para que tome una determinada decisión, “es necesaria la intermediación legislativa para que lo previsto en la Constitución nazca en el ordenamiento

⁵⁹FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998. Pág., 35 y ss.

jurídico; sin embargo, su inexistencia también está prevista y permitida”⁶⁰. En el segundo caso, cuando la Constitución le da la facultad al legislador para regular una materia genérica, le atribuye precisamente una competencia, que “es discrecional, pues ejercerla o no, es en principio una decisión del legislador, que no afecta a la existencia de lo querido por la norma constitucional”⁶¹.

Sin embargo, en el tercero de los casos, en los que la Constitución, además de darle esta facultad al legislador, lo hace en un tono imperativo, o casos en los que por determinadas razones o situaciones “el constituyente ha querido que exista una determinada realidad jurídica en el ordenamiento y le encomienda la concreción de su modo de existencia al legislador”⁶². Es en estos supuestos en los que el silencio del legislador, puede generar de una forma más visible consecuencias jurídicas contrarias a la Constitución⁶³.

Pero en unos u otros casos, “el problema no radica en la competencia que la Constitución le atribuye al legislador, pues en todos ellos precisamente lo que se busca es la existencia de una determinada

⁶⁰FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998 Pág. 36.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Cfr. Parágrafo transitorio del Art. 150 de la Constitución Política introducido mediante el decreto 99 de 2003, que prevé un plazo máximo para la actuación del Legislativo, en materia de creación de un estatuto para la administración, de lo contrario su función será suplida por el órgano ejecutivo. Véase también el parágrafo transitorio del Art. 152 de la Constitución Política, de *las leyes estatutarias*, que toma como plazo máximo para la actuación del legislador para la presentación del proyecto de ley el 1º de marzo, de lo contrario su competencia se asignará al Consejo de Estado.

situación jurídica, que se concreta en el ordenamiento jurídico a través del legislador. La diferencia radica en la disponibilidad sobre la existencia de la situación jurídica constitucionalmente prevista”⁶⁴. Así, si la situación jurídica existe sólo cuando el legislador lo quiere, porque la Constitución le ha dado competencia para tomar esa decisión, el silencio legislativo es constitucionalmente irrelevante y hasta permitido.

Cuestión diferente es que la Constitución le ordene o le prohíba la existencia de determinada situación jurídica, y en este caso el legislador no puede disponer de su existencia o inexistencia, porque ante todo no debe olvidarse que él solamente tiene atribución para hacer todo aquello que la constitución le permite.

Siendo el legislador el llamado por la Constitución para ser quien dé vida y desarrolle sus preceptos, y al mismo tiempo somete a un control de constitucionalidad a la norma que lo hace, no es posible que su silencio tenga dicha función, pues “la Constitución no habilita al silencio del legislador donde hay una reserva de ley para hacer lo que una norma con rango de ley puede, menos aún podría ese silencio hacer lo que una norma con rango de ley tiene prohibido: infringir la Constitución generando situaciones que le son contrarias”⁶⁵.

⁶⁴FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998 pág. 37 y s.s.

⁶⁵ Ibidem.

Por lo tanto no es posible que el legislador haga uso del silencio para tratar de dar cumplimiento a los mandatos que le atribuye la Constitución, ya que para llevarlos a cabo, no hay mejor manera de hacerlo que a través de la ley, que además es la esencia sobre la cual reposa el legislador como órgano autónomo.

En el primer supuesto, hablamos de “silencios que infringen formalmente la Constitución”⁶⁶ porque la constitución no da vía libre para que el silencio, que ha generado una omisión inconstitucional, tome el carácter de ley y, supla a ésta, actúe como ésta y haga lo que ésta hace, pues en última, el silencio inconstitucional, sólo se configura como una norma implícita, pero jamás puede tomar el carácter y posición de la norma explícita que lo ha creado.

En el segundo supuesto, hablamos de los silencios que causan una “infracción material de la Constitución”⁶⁷, porque precisamente se genera o conserva una situación contraria a la constitución, que es prohibida, es decir, que la norma implícita está presente, regulando una situación contraria a la constitución, que confronta a la norma explícita.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998. Pag, 37 y ss.

II El silencio no puede ni debe suspender la vigencia de una norma constitucional, ya que sus efectos aunque pueden afectar su aplicabilidad, pero no su validez, no se convierten en una mutación o reforma constitucional, sino que su efecto es la suspensión en la vigencia de la norma constitucional afectada por el silencio II⁶⁸, que es precisamente lo que no debe suceder ni debe permitirse.

Ahora bien, “la norma constitucional permite los llamados silencios constitucionalmente inocuos, cuando faculta al legislador para decidir si hace uso o no de las competencias que le han sido atribuidas”⁶⁹. Pero, cuando el silencio genera o conserva situaciones en el ordenamiento jurídico contrarias a la Constitución, ya sea porque se crea una situación prohibida, o porque no se crea una situación impuesta por la Constitución, el legislador estaría incumpliendo con su deber de no infringir la norma suprema.

Sobre este punto, “hay que tener en cuenta que este deber no deriva únicamente de la norma que atribuye la competencia para regular cierta materia, porque no se trata de un deber aparejado a una norma atributiva de competencia legislativa, sino a un deber que deriva de la vinculación positiva del legislador, como poder público que es, a la

⁶⁸ Kart Heinz vs. Köhler, “Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern?”, Verlag. Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 30, 1955, Pág 1089 y ss. II ¿Puede la ley callar ante la Constitución?II

⁶⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998. Pág., 37 y ss.

Constitución”⁷⁰; para este caso en particular se concreta en la imposibilidad jurídica del legislador de asumir sus funciones como poder constituyente, de manera tal que con sus silencios disponga de la vigencia de la Constitución, creando o generando situaciones jurídicas contrarias a ésta. Allí, el silencio del legislador puede transformarse en una omisión inconstitucional.

De igual forma, el silencio legislativo puede actuar como una condición de aplicabilidad de otra norma, que regule situaciones distintas, pero que puede crear una situación jurídica contraria a la Constitución, convirtiéndose el silencio en una omisión inconstitucional, porque contiene el elemento de contradicción. Así por ejemplo, “la Constitución establece que una ley regulará el derecho de asilo. Al hacerlo, impone dos normas, una, que ordena la existencia del derecho y por ende prohíbe toda norma que niegue su existencia; y la segunda, que le atribuye competencia a la ley (y por tanto al legislador) para que defina el modo concreto de existencia del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico. La falta de esta norma, o más bien el silencio del legislador, traería consecuencias diversas para aquellos extranjeros que pretendieran hacer uso de ese derecho, pues perfectamente podrían ser expulsados del país sin ningún inconveniente, aún cuando cumplieran los requisitos necesarios para

⁷⁰FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998 pág. 38.

hacerse acreedores a ese derecho. Ésta situación jurídica del extranjero, es la que contraría lo querido por la Constitución, que pareciera ser la expectativa del asilo”⁷¹.

Es ese silencio del legislador, el que da lugar a la aplicación de una norma implícita en dicha situación jurídica, que es contraria a la Constitución, al negar e infringir una de las normas derivadas de un precepto constitucional, la cual prevé la existencia de una determinada situación jurídica, de un derecho, o una norma, etc. Sin embargo, no contraría el segundo precepto constitucional, el cual prevé el modo de existencia de dicha norma, o derecho, o situación jurídica determinada, que para el ejemplo sería el modo en que se concretaría la existencia y la regulación del derecho de asilo en el ordenamiento jurídico, pues “el silencio no vulnera la norma de competencia, ya que la Constitución no le impone al legislador un plazo para regular legalmente lo querido por ella, aunque ello no quiere decir, que a falta de plazo, se le permita al legislador que con su demora disponga de la existencia de un derecho, norma o situación jurídica emanada de los preceptos constitucionales, porque de ser así, dicho silencio se trasformaría en una omisión inconstitucional.”⁷²

⁷¹FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 38 y s.s.

⁷²FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. La Inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 38 y s.s.

En estas condiciones vale la pena indagar, si el plazo que señala la norma constitucional es importante para el control de un silencio legislativo por cuanto se crea una norma implícita o presunta que podría llegar a ser contraria a la constitución.

También sería oportuno ver que pasa cuando la constitución no ha señalado plazo, cuál sería el término en que el legislador podría estar en silencio para que la omisión del legislador pueda ser declarada inconstitucional.

De acuerdo con la obra citada se tiene que, para comprender mejor el análisis que se está haciendo, debemos tener en cuenta dos conceptos: constitución y poder público. La Constitución debe ser entendida “como una forma jurídica cuya función en conjunto e independientemente del caso en concreto es la de regular las condiciones de existencia y ejercicio del poder público, cualquiera que sea la materia u objeto de que se ocupen” ⁷³; y el poder público se define como “el poder que ciertos sujetos de una colectividad tienen para imponer unilateralmente deberes a otros, sin tener en cuenta el consentimiento de éstos últimos, bajo la amenaza del uso de la

⁷³ OTTO Y PARDO, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema, Ob. Cit, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, Pag.16 y ss. y Lecciones., Ob. Cit., Pág. 185 y ss.

coacción, institucionalizada y monopolizada por otros o esos mismos sujetos, en caso de incumplimiento del deber”.⁷⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, la Constitución puede ordenar la introducción de poder público en una determinada relación social (individuo-individuo, ó Estado-individuo) y establecer quién tiene la competencia para ello; puede prohibir la introducción de ese poder público, o permitirlo, e indicar quién está habilitado o no para ello. Esta norma de competencia puede ser explícita, señalando quien la tiene, o bien puede dejar ese tema para que sea regulado por las normas generales de validez del sistema de fuentes.

Lo importante aquí, es precisar que los silencios del legislador, pueden convertirse en omisiones inconstitucionales, cuando sus efectos son introducir poder público donde se prohíbe, o no hacerlo donde la Constitución lo exige, ya sea una consecuencia directa, es decir, cuando el silencio ampara la permanencia de situaciones contrarias a la Constitución, o de manera indirecta, cuando se da espacio a actos de creación o aplicación del derecho que frustran el precepto constitucional, como por ejemplo, lo actos administrativos que pretenden encontrar vigencia en el silencio del legislador, es decir, ante la necesidad de normatividad de carácter legal que reglamente

⁷⁴ OTTO Y PARDO, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema. Ob, Ed. Ariel, Barcelona, 1993 Pag.16 y ss. y Lecciones, Ob. Cit., Pág. 185 y ss.

situaciones determinadas, pero careciendo de esta, la administración trata de darle desarrollo expidiendo sus propios actos, lo cual esta en contra de la constitución por ser de competencia exclusiva de la ley.

2.2 Clases de silencios legislativos:

Antes de abordar cada tipo de silencio, debemos precisar el término de “silencio legislativo”.

Un silencio es una abstención de hacer algo, pero no es la simple abstención, sino la de hacer algo para lo que se es competente. “Aquí es importante distinguir entre abstención y no hacer, pues la abstención es un no hacer algo por un agente que puede hacerlo, no es una simple inactividad”⁷⁵.

De lo anterior, podemos concluir entonces, que el silencio legislativo es una abstención de hacer algo para lo que el legislador es competente, es llamado a hacer. Esta competencia le es dada por la Constitución, por ello la importancia de determinar cuándo esa abstención infringe los preceptos constitucionales.

⁷⁵ G. HENRIK V. Wright, Norma y Acción, Una investigación Lógica, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, Pág 62 y ss.

Pero en este punto, es importante tener en cuenta, el tema de los plazos, porque pese a que la Constitución en muchos casos no los establezca, con ello no se le está permitiendo, al legislador, que se comporte omisivo frente a determinadas situaciones, porque él no puede disponer de su objeto, ni de su vigencia.

2.2.1 Omisiones absolutas:

Las omisiones absolutas (silencios del legislador), son silencios totales del mismo sobre una materia específica, e infringen la constitución cuando se conservan o generan situaciones jurídicas contrarias a ésta. En estos casos hay una ausencia total de la norma legal que puede o debe regular una determinada situación jurídica permitida o mandada por la Constitución. “El silencio legislativo absoluto puede ser identificado con las lagunas jurídicas”⁷⁶.

Ahora bien, lo primero que debemos preguntarnos es si “pesa sobre el legislador alguna obligación exigible de legislar”⁷⁷. Esto nos llevaría a pensar que la existencia de un silencio y su posibilidad de

⁷⁶ Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. Al respecto véase Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2 edición, traducido por Vernengo Roberto, 1982. Pág 133 y s.s.

⁷⁷ El término obligación, debe ser entendido como conducta debida y reglada cuya conducta contraria es objeto de una sanción consistente en la compulsión destinada a que se realice tal deber o que satisfagan los daños que produce en un tercero su incumplimiento. FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 41.

transformarse en una omisión inconstitucional absoluta, “deriva de la existencia de obligaciones de hacer del legislador, como si se tratara del deudor en una obligación contractual; además, que necesariamente debemos preguntarnos quién es el acreedor de dicha obligación, quién posee un interés legítimo en su satisfacción, para concluir que podría ser el ciudadano, destinatario y beneficiario último de la actividad del legislador”⁷⁸.

Sin embargo, es necesario aclarar que aquí lo importante no es esclarecer la relación contractual entre legislador y ciudadano, cuyo contrato es la Constitución, que establece derechos y obligaciones mutuas, convirtiendo a la justicia en un mecanismo de control y de garantía del cumplimiento de dicho contrato, sino que se busca es identificar al destinatario de la supuesta obligación de legislar con la colectividad, y a esa obligación con el deber de no defraudar la voluntad soberana del pueblo, es decir, la supuesta obligación no es objeto de un derecho, sino un deber de no contrariar la Constitución, y la justicia constitucional, sería un mecanismo de control, encargado de velar por el cumplimiento de ese deber.

Para los autores consultados, de acuerdo con lo expuesto surgen varios interrogantes:

⁷⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 41 y s.s.

1. ¿Si el legislador omite el cumplimiento constitucional, le corresponde a la Corte Constitucional obligarlo a dictar las normas respectivas?
2. ¿Si ello ocurre así, tendría competencia la Corte Constitucional para señalarle al legislador un plazo?
3. ¿Deberían todas las normas tener un plazo para su debida reglamentación y cual sería el plazo aceptable?

Pensamos que en esta última pregunta la solución aceptable sería de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ninguna norma constitucional le da esta competencia a nuestro máximo tribunal constitucional. Lo contrario sería aceptar que esta corte pudiera crear normas constitucionales.

Sin embargo esta solución sería inconveniente, ya que si se le impone al legislador un plazo y este no lo cumple, ¿que se debe hacer?. Unos sostienen que bien podría llenarse el vacío legal que crea la omisión legislativa a través de sentencias interpretativas o sentencias aditivas, aunque esto podría generar aún mas confusión, si se tiene presente que quién es llamado a ejercer la función legislativa es precisamente el Congreso de la República y no la Corte Constitucional, como podría así entenderse cuando a través de sus

sentencias suple de una u otra forma el vacío que con la omisión creó el legislador.

Por otra parte, el juez constitucional simplemente recomienda al legislador que cumpla con su deber sin más exigencias; ¿qué sucedería entonces si el legislador persiste en su silencio?, ¿cuál sería el mecanismo adecuado para lograr el efectivo cumplimiento de su deber?, ¿qué sucede con la protección y garantía de los derechos vulnerados y los perjuicios, que, con ocasión de la omisión legislativa se han generado a los ciudadanos?

Es claro que ante la exigencia del juez constitucional, el legislador debería cumplir con su deber, pero cabe cuestionarnos si se hace necesario el establecimiento de un plazo, previendo que con la simple exigencia, puede crearse una situación indeterminada, en la que no se perciba que la omisión legislativa (en especial la omisión absoluta) ya se superó, pues perfectamente puede volverse algo indeterminado en el tiempo, a la espera del cumplimiento del deber del legislador, lo que contraría aún más la constitución.

En relación con la tercera pregunta los doctrinantes señalan que “¿cuál será el plazo razonable en que el legislador debe llenar la laguna que

ha generado con su silencio?”⁷⁹ (Por ejemplo, lo que sucede con la ley de ordenamiento territorial).

Algunos autores sostienen que el plazo, “carece de relevancia, pues no es parte esencial del deber de legislar que podría contener una norma constitucional que le ordena al legislador hacer algo, pues la cuestión estriba, independientemente de un plazo en no dañar situaciones jurídicas queridas por la Constitución, no impedir su existencia ó no generar aquélla que la misma norma constitucional prohíbe”⁸⁰.

Otros autores, por el contrario, “defienden la relevancia del transcurso del tiempo”⁸¹, como factor determinante para que el silencio legislativo se transforme en una omisión inconstitucional.

Consideramos que no es posible, ni conveniente establecer un plazo exacto para que el legislador reglamente una situación determinada, ya que alrededor de ese mandato pueden existir muchos factores de índole político, social o económico que pueden modificar ese lapso de tiempo; por lo tanto somos partidarios de que el plazo sea determinado

⁷⁹ El plazo razonable es un problema de distinta envergadura que el suscitado con el cumplimiento por el legislador de plazos para legislar que la norma constitucional impone expresamente. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, 3ª Edición, Pág. 521.

⁸⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSE JULIO, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 41 y s.s.

⁸¹ MIRANDA, Jorge, Manual de direito constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, 3ª edición, 1991, Pág. 521 y s.s.

tanto por las condiciones actuales del país, como por la necesidad o el grado de urgencia de la expedición de la norma.

Por otra parte, es necesario aclarar, que las omisiones absolutas no se identifican con la completa ausencia de una proposición normativa, pues se refiere a “aquellos supuestos en los cuales falta el enunciado legal que contiene aquella proposición normativa específica, sobre esa realidad, con independencia de que otras dimensiones de esa misma realidad estén reguladas en un enunciado normativo legal o no”⁸².

La diferencia con las omisiones legislativas relativas (silencios de la ley) radica en que en estas últimas si hay un enunciado legal específico que regula la materia, pero lo hace de manera defectuosa, omite extender esa regulación a ciertas dimensiones.

2.2.2 Omisiones relativas:

Tanto las omisiones absolutas como las relativas deben tener un control jurisdiccional debido a que el motivo de impugnación es el silencio de la ley, y la inconstitucionalidad se deriva del no cumplimiento total de la norma constitucional. En efecto, en el primer caso (O.L.A) existe una norma constitucional que crea una situación

⁸² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSE JULIO, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998, Pág. 41 y s.s.

jurídica, ordenándole al legislador dictar una norma necesaria para su debida aplicación, y este no lo hace, existe una laguna jurídica, la cual podría ser llenada por “sentencias interpretativas”.

En el segundo caso (O.L.R) la situación es otra por cuanto existe ley, pero de ella emana una norma implícita que produce una situación diferente o contraria a lo ordenado por la norma constitucional. Tenemos como ejemplo la pensión de vejez a que tienen derecho las viudas mientras no contraigan otro matrimonio.

Las omisiones legislativas relativas o el silencio de la ley es aquel en el que hay una conducta del legislador que pretende cumplir con los permisos o mandatos de hacer previstos en la constitución, pero éste es incompleto o defectuoso⁸³. En este caso existe norma legal que reglamenta una orden constitucional, pero guarda silencio sobre temas, contrariando así la carta; es decir existe enunciado, pero en la normatividad expresa hay omisión al no regular algún aspecto de ella.

En este punto, la discusión primordial de los doctrinantes es saber cuándo se ésta ante un silencio de la ley que genere una situación contraria a la constitución. Por ello es que una de las diferencias fundamentales entre las omisiones absolutas y las relativas, estriba en

⁸³ Para MORTATI se trata siempre de casos de violación del principio de igualdad, pues la ley sería aplicable a unos casos y guardaría silencio sobre otros sustancialmente similares. “Appuntati per uno studio sui rimedi giurisdizionali, Ed, Minao, 3ed. 1993. pag. 928.

que en las primeras, el silencio, es el objeto del control, y en las segundas, ése silencio es el motivo impugnatorio. Además, “en las omisiones relativas, sí existe enunciado, pero al establecer la normativa expresa de la materia, se omite regular un aspecto de esa misma materia, omisión que crea una situación contraria a la constitución, lo que hace que, al no existir esa normatividad expresa, se convierta en un silencio relativo”⁸⁴.

Pero hay que hacer una aclaración, y es que cuando nos encontramos frente a un precepto que expresamente excluye una materia de su regulación, no hay lugar a hablar de un silencio de la ley, porque precisamente lo que se quiere es no introducir o prohibir el poder público en una determinada materia. Contrario a lo que pasa con los silencios que han excluido cierta materia, generando así una situación contraria a la constitución.

La diferencia puede esclarecerse con el siguiente ejemplo: del enunciado del precepto en cuestión, emana una norma explícita que crea una determinada situación jurídica (introduce o prohíbe el poder público en determinada materia) en los términos queridos por la Constitución. En este caso, la exclusión es expresa y no genera una situación contraria a la constitución, porque precisamente ello era lo

⁸⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998.

que se pretendía⁸⁵. Pero, si del enunciado de dicho precepto emana una norma implícita que genera una situación contraria a la norma (prohíbe en donde se quería introducir poder público, ó viceversa), porque ha habido un silencio en la norma explícita sobre ciertos aspectos conexos de la materia regulada, estaremos frente a una omisión relativa o silencio de la ley. Y el resultado es la inconstitucionalidad del enunciado porque él es la fuente de un deber ser contrario a la Constitución.

Por lo tanto, el objeto de impugnación no es el silencio de esa ley, sino la ley misma, pero el motivo de la impugnación no será en esta oportunidad lo que el enunciado del precepto expresa sino más bien lo que no contempla, ya que con ello (el silencio o la omisión) ha vulnerado la constitución.

Ahora bien, otra cuestión diferente pero no menos importante, es el desarrollo o contenido del fallo de la sentencia que conozca de un recurso, así si se debe declarar la inconstitucionalidad del precepto legal, con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico la norma implícita y explícita; o declarar únicamente la inconstitucionalidad del

⁸⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, La inconstitucionalidad por omisión, Civitas Ediciones S. L., Madrid, 1998.

enunciado (es decir la norma implícita), con el fin de expulsar del ordenamiento jurídico la norma implícita y conservar la explícita⁸⁶.

En relación con estos interrogantes se presentan varios casos así:

La Corte Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad de la norma cuando se vulneren los derechos, las garantías o los principios constitucionales de un grupo de personas, aunque se sostiene por la doctrina que si no se produce un perjuicio considerable, la Corte Constitucional debería proferir una sentencia interpretativa, aditiva o exhortar al legislador para que se pronuncie y promulgue la norma que desarrolle el precepto constitucional y no declarar la norma inexecutable.

⁸⁶ II Suscita ciertos reparos la tesis según la cual, la omisión de la ley no es la causa de su inconstitucionalidad, sino la omisión de la ley que debiera subsanar su defecto por silencio. La omisión contraria a la constitución se produce cuando el legislador no promulga la ley que debe complementar la defectuosa por omisiva (un caso, pues, de omisión absoluta). En primer lugar, el legislador no tiene un deber genérico de reparar su mala conducta, lo que de todas formas es sancionado con la declaración de inconstitucionalidad de la ley omisiva. En segundo lugar, si la ley omisiva no se declara inconstitucional, debe aceptarse entonces que la situación jurídica creada por el legislador no es contraria a la constitución, luego no es necesaria su intervención posterior. Si la ley omisiva es declarada inconstitucional, no surge de ello un deber de reparar el daño causado creando una nueva ley. El silencio del legislador será contrario a la constitución si su quiescencia crea o conserva una situación contraria a la constitución, y no porque no ha reparado una situación creada por otra ley, que en todo caso será merecedora de la sanción, consistente en su expulsión del ordenamiento por inconstitucional. Aún en el caso de que no se anule por inconstitucional la ley omisiva, bien porque se declara su mera inconstitucionalidad, bien porque se considera aún inconstitucional, a condición de que el legislador proceda en un plazo razonable al perfeccionamiento de esa ley, como ya se ha dicho más arriba, el transcurso de ese plazo ocasionará la inconstitucionalidad por omisión del legislador (omisión absoluta) al no promulgar la ley de mejoramiento. II Véase la obra de Leo SEUFERT, *Die nicht erfüllten Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes...*, págs. 61 y 179; y Peter BADURA en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. pag. 481 y s.s., 1982. II Leo Seufert. „El incumplimiento del deber de legislar“*. Peter Badura. „Organización y funciones del Estado“ II.

1. Un ejemplo típico de estas omisiones relativas es el de los enunciados de una ley que vulneran el principio de igualdad, pues excluyen expresamente a un grupo determinado de individuos, de un beneficio al que tendrían derecho o por lo menos una expectativa fundada, ó al regular ese beneficio, lo hacen a favor de un determinado grupo y guardan silencio sobre el resto.

Se argumenta que el objeto de control es ese silencio, pues aparentemente es la fuente de esa norma implícita que contraría la constitución. Se rompe así la conexión entre el enunciado (norma explícita) y el silencio (norma implícita), de modo tal que la inconstitucionalidad de la omisión no conlleva necesariamente a la del precepto legal (norma explícita) que contiene dicha omisión (norma implícita). Sin embargo, es posible que dicha omisión sea legitimada, probando la existencia de razones objetivas que fundamentan el tratamiento diferente entre un grupo y otro.

Así, si no se logra justificar ese tratamiento diferente (la no necesidad de un tratamiento unitario), que deje sin efecto a la omisión como posible motivo impugnatorio del precepto legal, podrían generarse dos soluciones posibles ante la inconstitucionalidad por omisión del legislador: o no se declara la inconstitucionalidad del precepto legal haciendo una interpretación extensiva del mismo, en la medida que sea posible, que abarque al grupo que había sido excluido del

enunciado legal y de esta forma se adecue a la constitución; ó se declara la inconstitucionalidad del precepto legal (norma explícita), que conlleva en sí misma la inconstitucionalidad de la omisión (norma implícita).

De lo anterior, se deduce que el fallo puede o bien declarar la inconstitucionalidad (cuando se exige la regulación unitaria) del precepto legal omisivo, es decir, tanto de la norma explícita como de la norma implícita, o bien declarar la inconstitucionalidad (cuando la constitución no ordena esa unidad), del enunciado omisivo, es decir de la norma implícita.

Ahora bien, surge aquí otra cuestión en lo atinente al plazo razonable, pues si no es declarado inconstitucional el precepto legal omisivo (la norma explícita), porque lo que se declara es la inconstitucionalidad de la norma implícita, dicho enunciado legal se vería necesitado de complementación, se haría necesario promulgar la reglamentación complementaria. Esta cuestión genera dudas, sobre que plazo se tendría para expedirse dicha regulación.

II Una solución al problema podría ser imponerle al legislador un plazo razonable para que expida la reglamentación complementaria, tiene ahora un deber de enmienda impuesto por el juez constitucional, y si vencido dicho plazo, el legislador no ha hecho nada, bien podría, en

un segundo fallo, declararse la inconstitucionalidad del precepto legal (la norma explícita), que en principio fue considerado constitucional, en el primer fallo, pues al eliminarse la norma implícita o la omisión en él contenida, se le atribuye validez provisional, pero perfectamente podría darse término a esa provisionalidad cuando se resuelva la nueva impugnación de la omisión de esa ley II⁸⁷.

No cabe duda de que en los silencios de la ley el elemento interpretativo adquiere una importancia enorme, pues a diferencia de las omisiones absolutas, no se trata tan solo de constatar la inactividad efectiva del legislador, sino de saber si en efecto ha habido una omisión o no. Y es allí donde se hace necesario el control de la omisión, para que se corrija esa errónea interpretación de la constitución por el legislador, reinterpretando su ley a la luz de ese deber constitucional para salvar su validez.

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que las omisiones del legislador se presentan en muchos casos dada la situación jurídica, social y económica del país.

⁸⁷ BVerfGG, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Beck-Texte Deutcher Taschenbuch Verlag. cit., No. 5 y s.s. II Ley del Tribunal Constitucional Federal de AlemaniaII

CAPITULO III

CONTROL JURÍDICO DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS EN LA PRÁCTICA

La Constitución de 1991 no da la competencia a ningún órgano judicial para que el ciudadano pueda impugnar la inconstitucionalidad por omisión. Aunque la doctrina sostiene que se presentan dos teorías sobre los controles en los casos de inconstitucionalidad por omisión.

1. La teoría clásica considera que esta clase de inconstitucionalidad puede ser regulada mediante los mecanismos normales de control de una norma.
2. La teoría neoclásica sostiene que no son suficientes los mecanismos tradicionales de control de la norma concreta, sino que es posible la creación de nuevas formas de control.

TEORIA CLASICA:

Para estudiar este punto se deben tener en cuenta las clases de sentencias:

- a) Apelativas. Artículo 283 de la Constitución de Portugal. Se dicta una sentencia para que el legislador llene el vacío.
- b) Aditivas. Son sentencias sobre preceptos legales incompletos.
- c) Interpretativas. Recaen sobre disposiciones ambiguas.
- d) Exhortivas. Se requiere al legislador para la expedición urgente de disposiciones legales.

Para la inconstitucionalidad por omisión en la que se presenta un verdadero vacío legal esta teoría supone que el juez Constitucional aplica una norma diferente, y de tal manera se elimina de la vida jurídica la norma implícita generada como consecuencia del silencio del legislador. Esto quiere decir que el juez hace uso de los mecanismos de los instrumentos técnicos de interpretación extensiva y analogía para llenar el vacío constitucional. Por tal razón y según la doctrina tomada de Villaverde⁸⁸, la omisión legislativa es mas un problema de interpretación. Ahora en este momento es donde se debe hacer mención a las diferentes modalidades de sentencias que se pueden proferir al tratarse de una inconstitucionalidad por omisión, que forman parte de los ordenamientos jurídicos de diferentes países y que

⁸⁸ VILLA VERDE, Ignacio, La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional, Ed. Orbis, Madrid, 1992, pág. 18.

para efectos metodológicos vale la pena mencionar, con el fin de hacer un análisis de cada una de estas instituciones de derecho extranjero.

Clases de sentencias en el Derecho Internacional:

1. Las sentencias apelativas o de recomendación al legislador.

Sobre el particular existen dos modalidades: la primera, contemplada en el artículo 283 de la Constitución del Portugal⁸⁹, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión.

Los sujetos legitimados para incoar el proceso son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en su caso, los Presidentes de las Asambleas Regionales. Al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional, como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para actuar efectivamente conforme a la Constitución.

La sentencia estimatoria, en su caso, es meramente declarativa, pues se dirige a constatar la inconstitucionalidad por omisión y a comunicarlo al órgano legislativo para que tome las medidas del caso.

⁸⁹ Constituicao da Republica Portuguesa, Ed. Direitos, Tomo IV, Sortéela, 1999.

En una segunda vertiente, tales sentencias, que reciben diferentes nombres según el país (" apelativas" en España; " monito" en Italia y "Appellentschidungen"⁹⁰ en Alemania), se caracterizan porque dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuándo deben hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa, tanto en los casos en que sólo se reconoce parcialmente y en favor de un determinado número de personas un derecho de contenido prestacional, o bien cuando no exista ninguna legislación en la materia.

Su eficacia es bastante dudosa, por lo que en Italia se terminaron construyendo las denominadas " doppia pronuncia", porque en una primera sentencia la Corte Costituzionale advierte al Parlamento que si no legisla para equiparar a los excluidos del derecho prestacional dentro del plazo señalado en la sentencia , se dictará una nueva que declarará la inconstitucionalidad de la norma originalmente impugnada por omisión legislativa.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al Parlamento para que colme el vacío legislativo parcial denunciado en la acción de inconstitucionalidad. Si el legislador no cumple dentro de ese plazo

⁹⁰ BVerfGG, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 40. Auflage, Beck – Texte Deutcher Taschenbuch verlag, 2005.
II Ley del Tribunal Constitucional de Alemania II.

con lo indicado por el tribunal constitucional, entonces éste dicta una segunda sentencia que declara inconstitucional la omisión legislativa.

Se produce entonces entonces una " doppia pronuncia", sea una sentencia inicial desestimatoria condicionante y, una segunda, de carácter estimatorio, si el legislador no cumple la condición contenida en la advertencia dirigida a él en la primera sentencia, por lo que en Italia, de manera irónica, se ha terminado llamándolas " sentenze-delega.

En relación con los derechos prestacionales, este tipo de sentencias presentan dos hipótesis diferentes: en la primera de ellas, cuando se refieren a una omisión legislativa relativa, otorgan un plazo al Parlamento para que llene el respectivo vacío legislativo, a fin de satisfacer la pretensión material contenida en la norma constitucional actuada parcialmente. Si dentro del plazo fijado al efecto el Parlamento no emite la normativa correspondiente, en tal hipótesis la segunda sentencia declara inconstitucional la norma impugnada por omisión legislativa y reconoce el derecho prestacional originalmente denegado a los recurrentes.

En cambio, cuando se trata de una omisión legislativa absoluta, dado que no existe una norma previa que pueda ser declarada contraria a la

Carta Política, sólo se dicta una sentencia que indica al Parlamento que debe colmar el vacío legislativo existente.

Los favorecidos con una declaratoria de inconstitucionalidad por omisión podrían también acudir a la vía del recurso de amparo para hacer valer sus derechos.

2. Las sentencias aditivas:

Son aquellas sentencias interpretativas que recaen sobre preceptos legales que se consideran incompletos para que compatibilicen con la Constitución. DIAZ REVORIO⁹¹ incluye en este grupo a las sentencias aditivas estimatorias y las sentencias aditivas desestimatorias; precisa que el primer caso es el mas frecuente, es decir es el que comúnmente se presenta; “con dichas sentencias se declara que el precepto es inconstitucional solo en la parte que no prevé o no incluye algo. En el segundo caso –desestimatorias- el precepto legal es declarado inconstitucional, si se entiende que incluye algo, o que se entiende que no excluye determinado supuesto”⁹².

⁹¹DIAZ REVORIO F, Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, topología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Editorial Lex Nova. Primera edición. España. Febrero de 2001, pag 56 y 57.

⁹² DIAZ REVORIO F, Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, topología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Editorial Lex Nova. Primera edición. España. Febrero de 2001, pag 60.

Es evidente que el derecho extranjero esta a la vanguardia en materia de regulación del fenómeno jurídico objeto de la presente investigación frente al derecho colombiano, debido a que mientras nuestra jurisprudencia, se ha limitado a reconocer la existencia de dicha institución, el derecho extranjero ha planteado diversas soluciones en pro del equilibrio de los sistemas jurídicos de los diferentes países. Por tal razón ha sido conveniente referirnos al derecho internacional con el fin de buscar una solución que se adecue a las condiciones de nuestro sistema jurídico.

Ahora, en el caso de las omisiones legislativas pueden darse dos hipótesis: la primera es aquella en que la omisión se entiende como exclusión y, por tanto, la adición lo que provoca es la admisión.

En esta hipótesis la ausencia de normativa no crea ningún problema en principio. Sólo después de la intervención positiva discrecional del legislador podría surgir eventualmente una cuestión de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad. En tal hipótesis, por tratarse de una omisión legislativa parcial, se recurriría al mecanismo de las sentencias de recomendación al legislador, analizadas en el acápite anterior.

El tema, sin embargo, se sitúa en una zona limítrofe entre las potestades propias de los tribunales constitucionales y las funciones que corresponden a los Parlamentos.

Es evidente que el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea de aquellos, sin que los tribunales constitucionales pueden, en ningún caso, sustituir a los órganos legislativos en sus tareas de fijar objetivos-fines y de la determinación de unos medios al servicio de aquellos, que se materializan en la producción de normas primarias con eficacia erga omnes.

Pero, por otra parte, los tribunales constitucionales son los supremos garantes del Derecho de la Constitución, lo que los obliga a amparar cualquier violación, positiva o negativa, de sus preceptos.

De ahí que en cada caso concreto, los tribunales constitucionales, en aplicación del vieja técnica de la Supreme Court norteamericana del "self restraint", deban valorar si pueden dictar sentencias aditivas de equiparación, o si ello es una opción política que corresponde al legislador de manera exclusiva⁹³.

⁹³ DIAZ REVORIO F, Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, topología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Editorial Lex Nova. Primera edición. España. Febrero de 2001, pag 74 y ss.

La segunda hipótesis, en cambio, se produce en los casos de omisión legislativa absoluta. Aquí el contraste con la Constitución viene provocado por la inexistencia de una regla de actuación, por lo que el tribunal constitucional se ve obligado a integrar la laguna.

En este caso, por tratarse de una violación al "mandato al legislador" pareciera que, en principio, los tribunales constitucionales están obligados a integrar el ordenamiento para el caso concreto, con el fin de actuar los principios y preceptos constitucionales violados con la omisión legislativa absoluta.

En este caso la modalidad de la sentencia es algo diferente, pues ya no se limita a reconvénir al legislador para que de cumplimiento a los mandatos constitucionales, sino que además integra el ordenamiento jurídico con el fin de llenar el vacío, fruto de ese silencio.

Sin embargo, cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo materia propia de la esfera del legislador. Como dice un autor italiano, hoy juez constitucional de su país, "No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales...si la norma está presente en el sistema, corresponde al sistema (a todos

los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (sólo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso, la del legislador " (Zagrebelsky)⁹⁴.

3. Sentencias Interpretativas:

Con relación a las sentencias interpretativas se señala que éstas recaen sobre disposiciones ambiguas, de las que pueden derivar varias normas alternativamente, aunque, se indica, podrían recaer sobre disposiciones complejas. DE LA VEGA⁹⁵, comentando la experiencia de la Corte Constitucional italiana, sostiene que las sentencias interpretativas se derivan de la posibilidad de que la disposición legislativa sea susceptible de interpretaciones diversas, de las cuales alguna atribuya a la norma un significado en contraste con la Constitución; dentro de este contexto, señala el citado jurista, la Corte italiana ha mantenido desde sus primeras sentencias que debería preferirse en todo caso la interpretación, que siendo conforme

⁹⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo, El derecho dúctil, ley, derechos y justicia, 5 edición, editorial Trotta, Madrid, 2003.

⁹⁵ DE LA VEGA, Augusto Martín. **“La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción italiana: medio siglo de debate doctrinal”**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales . Madrid. 2003, pg 243. Señala el autor que ya en 1981 la Corte Constitucional italiana tenía ya 25 años de experiencia jurisprudencial sobre las llamadas “sentencias interpretativas”. De hecho indica el autor de las 22 sentencias que constituyeron el primer grupo, la citada Corte Constitucional había emitido 04 sentencias desestimatorias, donde se realizaban una interpretación de la ley impugnada distinta de la efectuada por el órgano recurrente, y se condicionaba a semejante interpretación la desestimación de la inconstitucionalidad de la norma. Pag 101- 102

con la Constitución permitiera el mantenimiento del texto legal. En opinión de GASCON ABELLAN⁹⁶ las sentencias interpretativas, son, en palabras del Tribunal Constitucional español “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida que se interprete en el sentido que el Juez Constitucional considere adecuado, o no se interprete en el sentido que considere inadecuado”; refiere que las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de la misma.

Aparentemente esta sería la solución menos radical, debido a que la corte no reconoce las pretensiones de inconstitucionalidad, sino que su función se ubica dentro de los causes de la interpretación como criterio auxiliar de los jueces, donde excluye toda forma de interpretación que valla en contravía de las disposiciones constitucionales y por el contrario determina una interpretación que sea adecuada con las directrices establecidas por la Constitución.

El supuesto mas común de las sentencias interpretativas es la sentencias interpretativa desestimatoria; EGUIGUREN PRAELI⁹⁷

⁹⁶ GASCON ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “El derecho Constitucional de Pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelski, Anuario de derecho constitucional y parlamentario, Madrid, No. 11, 1999.

⁹⁷ EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. “**Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional**”. Artículo publicado en la Revista “Jurisprudencia Constitucional”. Tomo I,

señala que este tipo de sentencias, al que denomina “sentencias interpretativas de desestimación”, son aquellas en las que el Tribunal declara la ilegitimidad de la norma analizada pero desestima la demanda al sustentar una interpretación de la ley que la adecua al texto constitucional.

Las sentencias interpretativas son la distinción entre “texto normativo” y normas, quiere decir que el órgano constitucional analiza las diversas interpretaciones que de un mismo texto normativo pueden resultar, y por extracción de materia desecha las que no se adecuen a la Constitución. Existen dos clases de sentencias interpretativas:

Una es cuando el alcance del texto solo queda restringido, declarando inconstitucional una interpretación y dejando abierta la posibilidad de otras aplicaciones, es una sentencia de constitucionalidad condicionada. Y las interpretativas obligatorias, es cuando limita el texto a una única interpretación admisible, la Corte en vez de declarar la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de la disposición

Editora Normas legales SAC, Edición 2002. Precisa el citado Profesor universitario, que este tipo de sentencias –interpretativas de desestimación– a dado lugar a grandes debates en torno a su eficacia jurídica; refiere que Cappeletti sostuvo que se trata de una suerte de sentencias “condicionales”, puesto que la decisión desestimatoria esta subordinada a que la interpretación de la norma en cuestión que hagan los jueces se realice conforme a los principios constitucionales fijados por el TC, mientras que una interpretación contraria sería condenada y debe quedar excluida.

acusada profiere un fallo en el que ordena integrar los supuestos omitidos por el legislador⁹⁸.

Ahora bien el juicio de lo que omite el enunciado en la omisión relativa, no sobre lo que dice, sino sobre lo que omite, permite una interpretación tal de ese enunciado.

4. Sentencias Exhortivas:

Dentro del grupo de sentencias interpretativas, sin llegar a ser necesariamente manipulativas, el Tribunal Constitucional dicta en determinadas ocasiones sentencias mediante las cuales requieren al Poder Legislativo, o al Poder ejecutivo la expedición urgente de disposiciones legales que permitan llenar, cubrir los defectos de inconstitucionalidad en que incurrirían determinados preceptos normativos.⁹⁹

Esta es la labor en los temas que la norma implícita no guarda concordancia con el tenor del enunciado legal, lo que conlleva a declarar la inconstitucionalidad de la norma. Estos hechos implican, a nuestro modo de ver en el proceder constitucional y lo dicho por la

⁹⁸ AHUMADA RUIZ, Maria de los Ángeles, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 8, 1991, España, pg 184.

⁹⁹ DIAZ REVORIO F, Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, topología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Editorial Lex Nova. Primera edición. España. Febrero de 2001, Pag. 133.

doctrina, una labor pura interpretativa para depurar las normas implícitas contrarias a la Constitución del ordenamiento legal.

TEORIA NEOCLASICA:

Esta teoría se ha desarrollado en el ámbito internacional llegando a la conclusión de que no son suficientes los mecanismos tradicionales consagrados constitucionalmente para ejercer un efectivo control sobre las consecuencias generadas por la inconstitucionalidad por omisión.

Como ejemplo de estos mecanismos no tradicionales se pueden tomar los sistemas jurídicos portugués y brasileño en los que el juez constitucional al decidir no solamente ataca la situación jurídica generada por la omisión del legislador mediante la interpretación de la situación jurídica concreta, sino que además se fijan nuevas reglas para el caso específico.

Ese ir mas allá en materia de control sobre los silencios legislativos sobre el cual descansa la teoría neoclásica supone la imposición de prestaciones patrimoniales y obligaciones pecuniarias a cargo del erario público, u ordenanzas para que se legisle en la materia con el fin de contrarrestar la posible impunidad que se puede generar de la inactividad del legislador.

Teniendo en cuenta que no se puede forzar al legislador para que legisle si no quiere hacerlo, se deben tomar medidas establecidas en los ordenamientos como una aplicación directa del precepto constitucional, y ya que no se puede conculcar responsabilidad individual a los parlamentarios, la única sanción posible sería la pecuniaria a cargo del Estado. Esto hace necesaria la creación de una norma que este a disposición del ciudadano para la reclamación de sus derechos y para la reparación del daño causado por su quiescencia.

3.1.2. EL CASO PARTICULAR EN NUESTRO ORDENAMIENTO COLOMBIANO.

Como se ha venido exponiendo desde el principio de la investigación, la sentencia que inicio el proceso de los estudios de los silencios legislativos en Colombia, fue la sentencia de 16 de octubre de 1996 la C-543 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz.

En esta sentencia se acogió la doctrina de que la omisión legislativa no consiste en un simple no hacer, sino que es indispensable que en la Constitución exista un deber expreso de expedir la ley que la desarrolle. Expresamente dijo: "...todo incumplimiento por parte del

legislador de un deber acción expresamente señalado por el constituyente”¹⁰⁰.

En sentencia de 10 de Octubre de 2001 C-1046, magistrado ponente Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º parcial de la ley 628 de 2000 “Por el cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero de al 31 de diciembre de 2001”, se agregaron otras características para el análisis de estas demandas por la Corte Constitucional, para que surja una omisión, estas son: “debe ser específico, no genérico, tiene que ser concreto, no indeterminado, su contenido no puede ser tan abstracto como un principio sino consistir en un mandato expreso al legislador para que expida un acto definido; y, el plazo para cumplir dicha obligación debe ser claro usualmente porque la Constitución lo ha fijado”¹⁰¹.

Vemos entonces que a través del estudio realizado por la Corte los ingredientes para el estudio de los silencios legislativos han sido incrementados haciendo ambigua su posición, no obstante en la

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1046 del 10 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño.

sentencia C-246 de 2001¹⁰², demanda de inconstitucionalidad parcial contra el literal c) artículos 13 y 32 de la ley 100 de 1993, se extracta de la decisión respecto a las omisiones, que para que estas puedan ser objeto de estudio por la Corte es necesario que la inactividad comporte una regla implícita que viole la constitución, dejando así por fuera, como se ha venido haciendo, el estudio de las omisiones absolutas concentrándose solo en las relativas. De este modo en nuestra Corte Constitucional solo procede el estudio, como ya se dijo de las omisiones legislativas relativas, porque las absolutas carecen de un extremo de comparación para su estudio.

Pero la corte no ha establecido una precisa formula para su estudio, pues en sentencia C-473 de 1994 demanda de inconstitucionalidad de los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte ratifico que el legislador había omitido expedir regulación sistemática del tema de la huelga en los servicios públicos y declaró la existencia de una omisión absoluta¹⁰³.

La discusión que se plantea en la sentencia C-407¹⁰⁴ de 1998, acerca de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 218 del Código Penal, el actor estimaba que el legislador había incurrido en omisión

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia del 27 de febrero de 2001, Magistrado Ponente, Jose Gregorio Hernández.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-407 del 10 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

legislativa al no incluir al fiscal acusador entre los sujetos autorizados para interponer el recurso de casación excepcional, aunque la Corte estableció que aunque la sentencia de 16 de octubre de 1996 se había hecho expresa mención al derecho a la igualdad y al debido proceso; la sentencia no pretendía restringir el ámbito de aplicación de la figura. De esa manera, el legislador también incurriría en inconstitucionalidad por omisión, si con esa omisión impide al órgano de rango constitucional cumplir con la labor que le ha sido asignada constitucionalmente. La libertad de configuración del legislador, en materia de procedimiento e instituciones, según esta corporación, solamente puede ser restringida cuando se vulneran los derechos fundamentales, se contravienen normas expresas de la Constitución, o cuando éste “...impide el desarrollo y desempeño cabales de una entidad de rango constitucional, a través de las limitaciones que le impone o de omisiones en su regulación”¹⁰⁵.

Ahora bien, en otra decisión que hizo mella en este asunto, pues la Corte volvió a cambiar su parecer, fue la C-470 de 1997, acerca de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual, según el demandante desconocía la protección a la mujer embarazada, puesto que en el fondo autoriza al patrono a despedirla, con el simple pago de la indemnización, que es

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-407 del 10 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

insuficiente como instrumento de protección. La Corte consideró que el ordenamiento jurídico debía brindar una protección especial y efectiva a la mujer embarazada, y en la medida que el ordinal acusado había consagrado una protección insuficiente a la maternidad había incurrido en una “suerte de omisión relativa”. De esta manera, resolvió declarar que la disposición legislativa era constitucional, pero:

“...en el entendido de, debido al principio de igualdad y la especial protección constitucional a la maternidad, carecía de todo durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sean la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para el que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato”¹⁰⁶. Volviendo a ampliar el campo de aplicación del estudio de los silencios relativos.

Los tipos de decisiones hechos por la Corte han sido muy variados, clasificados y sistematizados por la sentencia C-109 de 1995¹⁰⁷, a lo largo de su aplicación al estudio de estos mismos, la Corte ha optado

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-1606.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Dr. Alenadro Martínez Caballero, expediente D-680.

por sentencias interpretativas¹⁰⁸, sentencias integradoras aditivas y los exhortos constitucionales.

En las sentencias integradoras la Corte en vez de proferir un fallo que declare la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma acusada, profiere un fallo en el que ordena integrar los supuestos emitidos por el legislador.¹⁰⁹

Los exhortos que van desde el simple consejo hasta las fórmulas más coactivas, consisten en un llamado al legislador para que regule una materia establecida por la Constitución, un ejemplo claro es la providencia de 27 de octubre de 1994 en demanda contra los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo, Según el actor estas normas prohibían el ejercicio de este derecho en los servicios públicos mientras que la constitución solo contemplaba tal restricción para los servicios públicos esenciales, La Corte en sentencia dijo que es el legislador el único que tiene el poder de definir cuales son los servios públicos esenciales donde la huelga no esta autorizada; de

¹⁰⁸Véase Pág. 81.

¹⁰⁹ Sentencia del 17 de febrero de 1999 C-080 de 1999 con ponencia de del doctor Alejandro Martínez Caballero, en la que se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 174 del Decreto 1212/90, el artículo 131 del decreto 1213 de 1990 y el artículo 125 del decreto 1214 de 1990, en los cuales según el demandante las normas consagraban unos beneficios para los hijos de los oficiales, suboficiales y personal civil de la policía, que es la posibilidad de prolongar la sustitución pensional para sus hijos hasta que cumplan 24 años de edad, en cambio para los hijos de los agentes de la Institución no se previo esta prerrogativa. La Corte concluyo que la diferencia de trato contenida en las disposiciones era atentatoria al principio de la igualdad, y analógicamente hizo extensivo esa prerrogativa a los hijos de los agentes llenando el vacío de esta omisión relativa.

esta manera exhorto al Congreso para que en tiempo razonable expidiera una regulación de la huelga en servicios públicos esenciales por la importancia del tema y el desarrollo del artículo 56 de la Constitución.

Es así, que podemos ver que nuestro ordenamiento primero no cuenta con una medida de tipo constitucional para regular los silencios del legislador. Segundo no ha podido generar una doctrina uniforme en el tema de los estudios de los silencios legislativos para su posterior estudio y control. Es por esto que estamos de acuerdo con el modelo de la teoría neoclásica que de una manera u otra llena el vacío ya sea temporalmente y da fuerza al legislador para actuar, pero corriendo el peligro que el legislador no actúe y la decisión de la corte se vuelva permanente, pero en todo caso sería la más eficiente para la vulneración de gran importancia en el tema constitucional.

CAPITULO IV

LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA Y LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES: los perjuicios y el pago de las indemnizaciones

En un estado de derecho se procura que los gobernantes y los gobernados se sometan a un conjunto de normas que regulen sus

relaciones ínter - sociales. Si a este concepto de Estado de derecho se le da la connotación de “social”, ello significa que todos los integrantes del grupo social gocen de la protección de todos sus derechos e intereses. Se supone que el estado se encuentra en condiciones de establecer los mecanismos y procedimientos que deben cumplirse para su respeto y protección.

El principio general, conocido desde tiempos históricos de que quien cause daño a otro debe indemnizarlo, deber tener operatividad. Nadie está obligado a soportar las consecuencias patrimoniales derivadas de la conducta de otro. El perjudicado sólo debe sufrir dichas consecuencias, cuando la causa son hechos de la naturaleza ó circunstancias no imputables directa o indirectamente a otra persona. Particularmente en Colombia la cláusula general de responsabilidad del Estado, contenida en el artículo 90 de la Carta Política¹¹⁰, establece que el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico causado por las acciones u omisiones de las autoridades públicas; tal concepto de autoridad pública debe entenderse como una referencia a los servidores públicos, sin excepción y sin consideración a la rama del poder público a la cual pertenezcan.

¹¹⁰ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 47, artículo 90.

La doctrina se ha referido al tema de la responsabilidad del **Estado legislador** y sobre el particular el profesor Marienhoff afirma que "Por tanto, si una "LEY" causa un perjuicio "general" -y no meramente particular-, y tal ley resulta en oposición o en violación de una declaración, garantía o derecho constitucional, dicha ley debe declararse inconstitucional o debe admitirse la responsabilidad del Estado por el perjuicio o daño que a raíz de ella se ocasiona en el patrimonio de los administrados" ¹¹¹.

En ese orden, se ha entendido que no puede acudirse a la tesis de que el Congreso al expedir las leyes actúa en ejercicio del poder soberano y, por ello, deba acudirse a la figura de la inviolabilidad. Es todo lo contrario, pues, si un legislador actúa u omite con dolo o culpa y el Estado es condenado por dicha causa, éste debe responder dentro de los precisos términos del artículo 90 de la Carta Política.

Por su parte, el profesor Vedel, señala que: "El supuesto que corresponde por excelencia a la noción de responsabilidad del Estado-legislador, es aquel en que una ley causa directamente perjuicio a los particulares sin que intervengan medidas de aplicación adoptadas por la administración". Así es por ejemplo, cuando una ley prohíbe una

¹¹¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, Tomo II, Pg.2189.

actividad anteriormente lícita. ¿En qué medida pueden los particulares así lesionados obtener reparación? ¹¹².

Debe ser clara la concepción de responsabilidad extracontractual del Estado, y cuales son sus alcances para poder determinar en que casos nos encontramos frente a un verdadero daño antijurídico que permita iniciar una acción patrimonial en contra del Estado y así lograr la protección de los derechos que se han visto vulnerados por causa de la acción u OMISION de las autoridades públicas.

El profesor Garrido Falla, por su parte, manifiesta que: "La doctrina de la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su fundamento en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar"¹¹³. Cuando el daño producido adquiere esa dimensión, el perjuicio se convierte en antijurídico, deviniendo una lesión resarcible, en la terminología que emplea nuestro derecho positivo.

¹¹² GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador. Estudio Publicado en la Revista de Derecho Administrativo, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990.

¹¹³ GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador. Estudio Publicado en la Revista de Derecho Administrativo, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990.

Debe concluirse que, en materia de responsabilidad inherente al Estado, ésta se predica cuando se dan los presupuestos constitucionales y legales respecto de las acciones u omisiones que le sean imputables a cualquier ente público sin distinción del órgano al cual pertenece.

Es por esto que a nuestro juicio debe entrar a considerarse la viabilidad de la acción de reparación directa del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, como una vía jurídica adecuada para el ciudadano que pretenda el resarcimiento de los perjuicios causados con ocasión de la inactividad del legislador.

El mencionado artículo 86 dispone:

"Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, **una omisión**, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa (Negrilla fuera del texto).¹¹⁴

El artículo en mención enumera las causas por las cuales se puede acudir a la acción de reparación directa en procura de la reparación de

¹¹⁴ Código Contencioso Administrativo, Ed LEYER, decimaoctava edición 2001, página 50, artículo 86.

un daño antijurídico, fundando la responsabilidad del Estado en unas situaciones que no deben entenderse como posibles únicamente para las autoridades de la rama administrativa, (salvo en las operaciones administrativas, que dada su naturaleza, implican la preexistencia de un acto administrativo), pues tales situaciones, dado su carácter general, se hacen extensivas a las ramas legislativa y judicial, lo que involucra al Congreso de la República en su principal función cual es la de "hacer las leyes" (artículo 150 de la Constitución Política)¹¹⁵ y al Presidente de la República cuando actúa en ejercicio de las facultades extraordinarias (artículo 189 de la Constitución Política)¹¹⁶. En conclusión, la responsabilidad extracontractual del Estado que permite el ejercicio del derecho de acción consagrado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, refiere indistintamente a la actuación o la omisión de los distintos órganos del Estado, involucrando, por consiguiente al órgano legislativo.

El análisis del problema de constitucionalidad cuando se aduce la inexistencia de acción idónea para la reparación de daños antijurídicos causados por el Estado-legislador, conllevaría un problema de igualdad y de acceso a la administración de justicia que para el caso

¹¹⁵ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 74, artículo 150, numeral 10.

¹¹⁶ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 94, artículo 189, numeral 11.

en estudio, se encuentra superado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, en múltiples sentencias ha declarado la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público, siempre y cuando se utilice la acción pertinente, (dentro de las reguladas por el Código Contencioso Administrativo), bajo la aplicación del principio del equilibrio de las cargas públicas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha abordado el tema de la procedibilidad del ejercicio de la acción de reparación directa¹¹⁷, e incluso ha dicho que constituye la acción idónea para reclamar perjuicios derivados de la actividad o inactividad del legislador cuando se presenta un desequilibrio de las cargas públicas.

Sobre el particular el Consejo de Estado señaló:¹¹⁸

"PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS"

Derecho de acceso a la Administración de Justicia.

¹¹⁷ C.E, Sala Plena, Expediente No, D-5839, Agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Humberto Sierra Porto.

¹¹⁸ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 25 de Agosto de 1998, Radicación numero IJ-001.

"En estricto sentido y con la orientación que esta Sala otorga a este proceso, debe entenderse que lo afirmado por el Tribunal no obsta para que en este proceso administrativo los damnificados con un fundamento fáctico distinto, (el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley), acudan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en demanda contra el Estado colombiano, con lo cual se asegura precisamente el acceso a la justicia nacional y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en reparación en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales."

"En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores". Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.¹¹⁹

¹¹⁹ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 25 de Agosto de 1998, Radicación numero IJ-001.

Es claro entonces que el principio base que sustenta la acción patrimonial en contra del Estado es el de “el equilibrio de las cargas públicas”, entendido como la proporcionalidad que debe existir entre las obligaciones a cargo del Estado y las de sus miembros, de tal manera que cuando dicha balanza se descomponga en contra de los administrados, por la acción u omisión de cualquier agente o autoridad pública, será el Estado quien deba reestablecer tal proporcionalidad otorgando las indemnizaciones del caso.

Al respecto, el Procurador General rindió el concepto No. 3911, Expediente No. D-5839, Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 86 *del Decreto-ley 01 de 1984 "por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo"*, Magistrado Sustanciador: Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO, instaurada por un ciudadano, fundamentándose en que la norma acusada vulnera el artículo 90 de la Carta Política, referido al deber que tiene el Estado de reparar todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción o la omisión de sus autoridades, por las siguientes razones: La Constitución Política, no sólo es vulnerada por acción sino también por omisión; en ese sentido puede haber una violación constitucional a falta de ley. Se justifica que la versión original del artículo 86 del Decreto 01 de 1984, no contuviera mención alguna a la responsabilidad del Estado legislador, sin embargo, no es justificable

que la reforma introducida mediante la Ley 446 de 1998 hubiese incurrido en tal omisión legislativa. La omisión legislativa contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, al no incluir los daños ocasionados por la actividad legislativa constituye una violación al artículo 90 de la Carta Política.

En esta ocasión, el Procurador General de la Nación dijo lo siguiente:

“El Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable sin que para el efecto deba eximirse a alguna de las tres ramas del poder público”.

La cláusula general de responsabilidad del Estado, contenida en el artículo 90 de la Carta Política, establece que el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico causado por las acciones u omisiones de las autoridades públicas; tal concepto de autoridad pública debe entenderse como una referencia a los servidores públicos, sin excepción y sin consideración a la rama del poder público a la cual pertenezcan. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

“...3. Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin

embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la Constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de la responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla del servicio, el régimen del riesgo o el daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de las autoridades públicas"¹²⁰.

*Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo - ya que ordena al Estado a responder- **sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas**" (sentencia C-333 de 1996) (negrilla fuera del texto)....*

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-1111.

La omisión legislativa ha sido objeto de atención por parte de la Corte Constitucional que, a través de su jurisprudencia, ha decantado el tema referido a la existencia de tal figura, a la distinción entre la omisión absoluta y relativa, al carácter concreto e individualizado de la norma acusada y a los presupuestos de su existencia para efectos del análisis de constitucionalidad (*sentencias C-555 de 1994, C-247 de 1995, C-70 de 1996, C-427 y 1255 de 2001, 041 de 2002, C-402 de 2003, C-599 y 1172 de 2004, entre otras*).

En relación con las omisiones relativas, ha señalado la Corte Constitucional:

"Al respecto de las omisiones relativas, esta Corporación ha considerado que para que el cargo de inconstitucionalidad por omisión pueda prosperar, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos

que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador". (Sentencia C-1172 de 2004)¹²¹.

Los presupuestos establecidos en la jurisprudencia mencionada obedecen a una vulneración al principio de igualdad como ya se ha mencionado, pues el legislador da cumplimiento a los mandatos constitucionales expidiendo una normatividad específica, pero al hacerlo excluye a quienes por derecho propio deberían estar incluidos por estar en condiciones similares a quienes si se les ha reconocido el derecho. Como ya hemos reiterado, en este caso se genera una omisión legislativa relativa.

La omisión legislativa a que hace alusión la demanda presentada por el ciudadano HOYOS LEMUS, resulta ser aparente, toda vez que dentro de los "*hechos*" y las "*omisiones*" que constituyen el fundamento de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Decreto-ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) tienen cabida todas las actuaciones u omisiones en

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1172 del 23 de noviembre de 2004, Magistrado Ponente, Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-5248.

que pueda incurrir el legislador, pues la ley no habla de hechos y omisiones administrativas, como lo entiende el actor, y, por lo mismo, tal disposición armonizada con el inciso primero del artículo 90 de la Carta que prevé la responsabilidad del Estado por todo "*daño antijurídico*" que le sea imputable permite el acceso a la jurisdicción en procura de la reparación de los daños causados por el Estado legislador.

En la demanda que se presenta ante los señores Magistrados de la Corte Constitucional; Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 86 del Decreto-ley 01 de 1984¹²² "por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", analizaremos este cuerpo del fallo que es de gran contenido para nuestra investigación.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha abordado el tema de la procedibilidad del ejercicio de la acción de reparación directa, e incluso ha dicho que constituye la acción idónea para reclamar perjuicios derivados de la actividad del legislador cuando se presenta un desequilibrio de las cargas públicas.

"En virtud del anterior análisis, habrá de solicitarse a la corte Constitucional la exequibilidad de la norma demandada, siempre y

¹²² Código Contencioso Administrativo, Ed LEYER, decimaoctava edición 2001, página 50, artículo 86.

cuando se entienda que la acción prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es aplicable a las acciones u omisiones en que pueda incurrir el legislador.¹²³”

“El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), siempre y cuando se entienda que la acción de reparación directa consagrada en dicha disposición, comprende el ejercicio del derecho de acción derivado de los hechos u omisiones del Estado legislador”.¹²⁴

De acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional, es claro que la acción de reparación directa del artículo 86 del C.C.A, es totalmente aplicable y procede en materia de omisiones legislativas, y precisamente la Corte ha expedido una sentencia interpretativa en este caso, pues podemos observar que la ley enjuiciada no se refiere a la actividad o inactividad del legislador en específico como causante de un perjuicio que amerite hacer uso de la acción de reparación directa, solamente hace referencia a hechos, operaciones, omisiones u ocupaciones permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos; pero analizando literalmente la norma parece que solo

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1172 del 23 de noviembre de 2004, Magistrado Ponente, Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-5248.

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No, D-5839, Agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Humberto Sierra Porto.

estuviera dirigida a la rama administrativa, pues se encuentra en el capítulo del control jurisdiccional de dicha rama y además no hace extensiva su aplicación a las otras ramas del poder público. Pero la Corte ha entendido que una omisión por parte de una autoridad de la rama judicial o legislativa, puede causar igual o aún mayores perjuicios, por lo que en sus pronunciamientos ha extendido el campo de aplicación de la norma a toda clase de servidores públicos sin importar la rama a la cual pertenezcan.

CONCLUSIONES

1. Por encima de la autonomía que ostenta el legislador dada la importancia de su función, está la prevalencia del orden constitucional, tratándose de un Estado democrático y de Derecho como es Colombia, y aquella prevalencia implica que todos los órganos del de Estado deben ser objeto de control en el ejercicio de sus funciones, evitando de esa manera que dichos organismos puedan llegar a crear situaciones jurídicas contrarias a la Constitución mediante sus actuaciones o también por su inactividad. Con mayor razón frente al Congreso de la Republica, como el órgano legítimamente constituido para crear las leyes, pues en sus manos está nada mas y nada menos que las directrices del país, y de acuerdo como estas se manejen, será posible proyectar un buen futuro para Colombia, expidiendo

leyes, o negándose a darle desarrollo mediante la ley a los principios y normas constitucionales.

2. Hemos llegado a la conclusión de que el fenómeno jurídico del silencio legislativo ostenta un alto grado de complejidad en un país como Colombia, en el que su falta de desarrollo ha permitido que el legislador omnipotente cause verdaderos perjuicios a la sociedad y genere un estancamiento en el desarrollo del país, por no expedir las leyes necesarias para que dicho desarrollo sea mas eficaz. Es por eso que hemos querido hacer un aporte a la ciencia del derecho analizando esta figura, determinando su clasificación entre omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa, siendo la primera aquella en la cual se presenta una ausencia total de regulación normativa frente a una situación determinada dentro de la realidad regulable, y la segunda, aquella en la cual existe una disposición legal frente a una situación determinada, pero tal normatividad carece de algún elemento indispensable para que el contexto de la norma armonice con la Constitución. De la misma manera, se ha analizado cual ha sido el tratamiento que se le ha dado en diferentes países a esta figura, y que tan avanzada esta la ciencia jurídica colombiana al respecto, teniendo en cuenta la tendencia que existe en nuestro país hacia la adopción de normatividad extranjera.

Ahora, podemos concluir que las omisiones del legislador que creen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución, deben ser objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional, ya que por excelencia y disposición de la misma Constitución es el órgano que debe velar por la integridad y supremacía de la Constitución, claro bajo los presupuestos y directrices que ya se han analizado a lo largo de esta investigación. Pero además y teniendo en cuenta que el silencio del legislador no solo puede ir en contra de la Constitución, sino que además puede llegar a afectar a los ciudadanos en sus derechos individuales, será necesario que dicho ciudadano pueda acceder a la administración de justicia para reclamar la reparación de los perjuicios causados por la omisión del legislador o del ejecutivo cuando actúa bajo expresas facultades, mediante la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. Así, tenemos la convicción de que el orden constitucional será salvaguardado y el ciudadano, cuyo bienestar es pilar fundamental del Estado Social de Derecho, de igual manera podrá reclamar de manera legítima sus derechos.

3. Hemos concluido que el silencio del legislador puede llegar a tener efectos inconstitucionales, cuando de las omisiones legislativas se deriven efectos lesivos del texto que creen o

mantenga situaciones jurídicas no queridas por la Constitución. Pero solamente en este caso puede hablarse de una omisión contraria a la Constitución, cuando hagan necesaria la intervención de un ente que controle dicha situación; como se ha analizado en esta investigación, ese ente, debe ser en principio la Corte Constitucional sin embargo el Consejo de Estado también tiene una competencia de control sobre los decretos leyes que no sean competencia de la corte constitucional¹²⁵. Pero aquí no nos estamos refiriendo a las actuaciones del legislativo o del ejecutivo, sino precisamente a su falta de actividad, creadora de situaciones contrarias a la Constitución, donde consideramos, se ubica el elemento normativo que permite controlar jurídicamente dichas situaciones, sin interferir en la decisión política que puede subyacer en esa inactividad; pues en ningún momento se pretende que la rama jurisdiccional controle o predetermine la actividad de la rama legislativa, sino que dicho control debe abarcar solamente las situaciones inconstitucionales generadas como consecuencia del silencio legislativo.

¹²⁵ Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996, página 120, artículo 237.

4. Pero además esa situación no querida por la Constitución puede no solamente alterar el equilibrio jurídico del Estado, sino también es posible que se vean afectados derechos individuales y por lo tanto se generen perjuicios, que por no tener la obligación el ciudadano de soportarlos (Daño antijurídico) deban ser resarcidos por el Estado, y la vía mas adecuada para la reclamación de tales perjuicios es la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, y de la cual conoce el Consejo de Estado. Creemos que desde el punto de vista indemnizatorio es necesaria la procedibilidad de esta acción frente a las acciones u omisiones del legislador, y no solamente respecto del actuar de la rama administrativa, pues el Estado en el que vivimos exige que todo daño que sea causado sin tener la obligación de soportarlo y sin importar el agente del cual proceda, debe repararse, y para tal efecto no necesitamos crear un mecanismo idóneo, por que ya lo tenemos. Pero desde el punto de vista jurídico si somos partidarios de que la Corte Constitucional es el órgano por excelencia encargado de proteger la voluntad constitucional, y es ahí donde seria conveniente dar aplicación a todas esas clases de sentencias que conocemos por doctrina extranjera, pero que sería importante aplicarlas a nuestro ordenamiento bajo ciertos parámetros, pues permiten que la Corte Constitucional en un momento dado, ejerza un

permanentemente un control y subsane las consecuencias inconstitucionales generadas con ocasión del silencio del legislador, sin que por el hecho de hacerlo, se atribuya funciones que por disposición de la misma Constitución le corresponden a la rama legislativa.

BIBLIOGRAFIA

1. AHUMADA RUIZ, Maria de los Ángeles, El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 8, España, 1991.
2. BVerfGG, Bundesverfassungsgerichtgesetz, Beck-Texte Deutcher Taschenbuch Verlag. cit., No. 5 y s.s. II Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania II.
3. Constitución Política de Colombia, edición revisada y dirigida por el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr. Carlos Eduardo Medellín Becerra, impreso y hecho en Colombia por la Imprenta Nacional en julio de 1996.
4. Constituicao da Republica Portuguesa, Ed. Direitos, Tomo IV, Sortéela, 1999.
5. Código Contencioso Administrativo, compilado, concordado y anotado por Esteban Mora Caicedo, Ed. LEYER, decimoctava edición, 2001.
6. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLITICAS Y SOCIALES, 30^a edición, actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2000.

7. DIAZ REVORIO F, Javier, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, topología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas. Editorial Lex Nova. Primera edición. España. Febrero de 2001.
8. DE LA VEGA, Augusto Martín. "La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción italiana: medio siglo de debate doctrinal". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales . Madrid. 2003.
9. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. "Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional". Artículo publicado en la Revista "Jurisprudencia Constitucional". Tomo I, Editora Normas legales SAC, Edición 2002.
10. FERNÁNDEZ SEGADA, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión: cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómicos" La Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá, Ed. Temis, 1997.
11. GOMEZ CANOTILHO, José Joaquim, Teoría de la Constitución, editor Dykinson, S.L Libros, enero de 2004.
12. G. HENRIK V, Wright, Norma y Acción, Una investigación lógica, Ed. Tecnos, Madrid, 1979.
13. GASCON ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "El derecho Constitucional de Pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelski, Anuario de derecho constitucional y parlamentario, Madrid, No. 11, 1999.
14. GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre la Responsabilidad del Estado Legislador. Estudio Publicado en la Revista de Derecho Administrativo, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990.
15. KART HEINZ VS. KÖLHER, "Kann der Gesetzgeber durch Schweigen die Verfassungswirklichkeit ändern?", Verlag. Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 30, 1955, Pág 1089 y ss. II ¿Puede la ley callar ante la Constitución?II

16. Kelsen Hans, Teoría pura del derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª Ed., Traductor: Vernengo Roberto, 1982.
17. Louis de Secondat, Charles-, barón de Montesquieu, El espíritu de las Leyes. Segunda edición, Editorial Orbis, Barcelona, 1984.
18. L. Favoreu, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, traducido por Luís Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
19. Moreno Yunes, Diego, Derecho Constitucional Colombiano, séptima edición 2005, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez.
20. Miranda, Jorge, Manuel de direito constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, 3ª edición, 1991.
21. Mortati. "Appuntati per uno studio sui rimedi giurisdizionali, Ed, Minao, 3ed. 1993.
22. Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, Tomo II.
23. Otto y Pardo, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema, Ob. Cit, Ed. Ariel, Barcelona, 1993.
24. Pasukanis Evgeni B., La Teoría General del Derecho y el Marxismo, traduction de Jean-Marie Brohm ; présentation de Jean-Marie Vincent ; en guise d'introduction par Karl Korsch, Paris : Études et Documentation Internationales, 1976.
25. Palombella, Gianluigi, Constitución y Soberanía, Editorial Comares, 2000, Madrid, España.
26. Pace, Alessandro, La causa della rigidità costituzionale, CEDAM, Padova, 1995, Pág 32 y s.s., y Varela Suanzes, Joaquín, "Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale" Giurisprudenza Costituzionale, fascicolo 5, 1994.

27. PADURA, PETER, en Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60, 1982. II Peter Badura. Organización y funciones del Estado“ II.
28. RAWLS, John, Una Teoría de la Justicia, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
29. VILLA VERDE, Ignacio, La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional, Ed. Orbis, Madrid, 1992.
30. ZAGREBELSKI, Gustavo, El derecho dúctil, ley, derechos y justicia, 5 edición, editorial Trotta, Madrid, 2003.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Constitucional, Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1286.
- Corte Constitucional, Sentencia C-132 del 3 de marzo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-2154.
- Corte Constitucional, Sentencia C-956 del 1 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis, expediente D-2344.
- Corte Constitucional, Sentencia C-635 del 31 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis, expediente D-2624.
- Corte Constitucional, Sentencia C-041 del 30 de enero de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3610.
- Corte Constitucional, Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-429.
- Corte Constitucional, Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-1336.
- Corte Constitucional, Sentencia C-955 del 26 de julio de 2000, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-2823.
- Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón, expediente T-778.
- Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3774.

- Corte Constitucional, Sentencia C-1046 del 10 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-246 del 27 de febrero de 2001, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-407 del 10 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-1914.
- Corte Constitucional, Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-1606.
- Corte Constitucional, Sentencia C-109 del 15 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-680.
- Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-1111.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1172 del 23 de noviembre de 2004, Magistrado Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernandez, expediente D-5248.